Provedor de Justiça

Relatório à Assembleia da República 1998

Lisboa

1999

Título - Relatório à Assembleia da República - 1998

Editor - Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação

Composição - Provedoria de Justiça - Núcleo de Informática

Impressão e acabamento -

Tiragem - 400 ex.

Depósito legal -

ISSN -

Provedoria de Justiça, Rua do Pau de Bandeira, 7 - 9, 1249-88 Lisboa.

Telefone: 21 392 66 00. Telefax: 21 396 12 43. Internet: provedor@provedor-jus.pt

Em cumprimento do disposto no art.º 23º, n.º 1, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, tenho a honra de apresentar à Assembleia da República o Relatório da actividade do Provedor de Justiça referente ao ano de 1998.

No presente Relatório e seus dois anexos dá-se conta das queixas recebidas, das iniciativas empreendidas e medidas tomadas, dos resultados conseguidos, bem como da restante actividade deste Órgão de Estado.

Juntam-se, ainda, os discursos e intervenções que tive o ensejo de proferir no ano em apreço.

O Provedor de Justiça,

José Menéres Pimentel

27 de Dezembro de 1999

Sumário

Introdução.....9

I - DA ACTIVIDADE PROCESSUAL

1. Dados estatísticos 15
1.1. Comentário aos dados estatísticos.....35

2. Casos significativos

2.1. Assuntos político-constitucionais e direitos, liberdades e garantias, ambiente, urbanismo e ordenamento do território, cultura e comunicação social, caça e pesca, turismo e jogo
2.1.1. Recomendações.....43
2.1.2. Resumos de processos anotados.....342
2.1.3. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade 359

2.2. Assuntos financeiros, economia e emprego, direitos dos consumidores
2.2.1. Recomendações.....367
2.2.2. Resumos de processos anotados.....423

2.3. Assuntos sociais: educação, segurança social, saúde, menores e desporto
2.3.1. Recomendações.....429
2.3.2. Resumos de processos anotados.....504

2.4. Assuntos de organização administrativa e função pública
2.4.1. Recomendações.....511
2.4.2. Resumos de processos anotados.....548

2.5. Assuntos judiciários e penitenciários, defesa nacional, segurança interna e trânsito, registos e notariado
2.5.1. Recomendações.....555
2.5.2. Resumos de processos anotados da constitucionalidade.....586

2.6. Assuntos Político-constitucionais e inspecções
2.6.1. Recomendações.....593
2.6.2.Pedidos de Fiscalização da Constitucionalidade 602
2.6.3. Inspecções 636

2.7. Extensão da Provedoria de Justiça nos Açores
2.7.1. Recomendações.....641

3. Acórdãos do Tribunal Constitucional publicados neste ano em resposta a iniciativa do Provedor de Justiça.....885

II - DA ACTIVIDADE EXTRAPROCESSUAL

1. Participação do Provedor de Justiça em reuniões internacionais
1.1. I Reunião Mediterrânea de Instituições Nacionais de Promoção e Protecção dos Direitos Humanos.....893
1.2. III Conferência do Ombudsman Asiático.....893
Seminário "O Ombudsman e As Instituições Nacionais de Protecção dos Direitos Humanos".....894
1.4. I Curso de Fortalecimento Institucional do Ombudsman Iberoamericano.....895

1.5. Reunião de Provedores Iberoamericanos 896
1.6. Colóquio “Nas nossas mãos – a efectividade da defesa dos direitos do homem, 50 Anos Passados Sobre a Declaração Universal” 899
1.7. III Congresso Anual da Federação Ibero-Americana de Ombudsman 900
1.8. Encontro Anual e VI Mesa-Redonda do Conselho da Europa com os Ombudsmen Europeus 900

2. Discursos e intervenções do Provedor de Justiça
2.1. Intervenção do Provedor de Justiça no Encontro realizado no Colégio Universitário Montes Claros, subordinado ao tema Corrupção e Política 905
2.2. Intervenção de sua Excelência o Provedor de Justiça na sessão de abertura do I Curso de Fortalecimento Institucional do Ombudsman, promovido pela Federação Ibero-American de Ombudsmen (FIO) 912
2.3. A segurança nas sociedades contemporâneas: O desafio europeu 916
2.4. Intervenção do Provedor de Justiça no colóquio "As Telecomunicaçoes e o Direito na Sociedade da Informaçao" promovido pelo instituto jurídico da comunicaçao da Faculdade de direito da Universidade de coimbra. 925
2.5. Intervenção do Provedor de Justiça No III encontro de Ombudsman da Ásia 926
2.6. Intervenção do Provedor de Justiça no III Congresso Anual da Federação Íbero-Americana de Ombudsmen 927
2.7. Reunião de Ombudsmen Ibero Americanos Intervenção Inicial 931
2.8. O Direito de Asilo em Portugal 940
2.9. Direito do Trabalho-Economia e Estado II Congresso Nacional de Direito do Trabalho 951

3. Actividade da Linha Verde "Recados da Criança"
Linha Verde "Recados da Criança" 959

III - Índices

1. Índice sistemático 967
2. Índice cronológico 976
3. Índice de recomendações 979
4. Índice de entidades visadas 982

INTRODUÇÃO

1. Em 1998 entrou em vigor a alteração à Lei Orgânica da Provedoria de Justiça, cujo desejo já tinha sido manifestado nos relatórios de 1996 e 1997. Para além de alguns aperfeiçoamentos decorrentes da prática dos anos decorridos e da reflexão pela mesma suscitada, veio o Decreto-Lei 15/98, de 29 de Janeiro a alargar o quadro da assessoria.

2. Na sequência deste aumento do quadro, criou-se uma sexta área, distinta das demais cinco por se definir em função de um critério formal em vez de material. Assim, à nova área competiu o tratamento de todos os processos em que se encarasse como possível a utilização dos poderes de iniciativa em matéria de fiscalização da constitucionalidade, quer por acção, quer por omissão, mais lhe cabendo a realização preferencial ou coordenação de visitas de inspecção, nos termos dos art.s 21.º, 1, a), e 17.º, do Estatuto do Provedor de Justiça.

   A criação desta área permitiu não só aumentar de modo significativo o número de pedidos formulados junto do Tribunal Constitucional, como principalmente responder a várias pretensões injustificadas. Assumiu também um papel bastante relevante na condução das inspecções, adiante referidas, minimizando os encargos para a actividade da Provedoria de Justiça no seu conjunto.

3. O número de queixas entradas continuou o padrão dos três últimos anos, consistentemente mais elevado que o dos vinte anos anteriores. Não foi possível no ano de 1998 diminuir em número absoluto o número de processos pendentes, apesar do aumento do quadro. No entanto, os dados disponíveis permitem pensar num melhoramento da situação, oferecendo-se um crescimento neste ano de 2%, inferior ao verificado no ano anterior e muitíssimo inferior ao valor registado em 1996. Se entrarmos em linha de conta com a variação do número de processos entrados em cada ano face ao ano anterior, encontramos valores de 7,6% negativos para 1996, 13,4% em 1997 e 2,4% negativos em 1998. Os dados disponíveis para 1999 permitem pensar que a pior consequência do aumento do volume anual de queixas já foi ultrapassada e a alteração à lei orgânica para isso terá contribuído.

4. De realçar o aumento, embora ligeiro, do número anteriormente já apreciável de processos que são abertos e terminados no mesmo ano, isto é, 2596, equivalendo a quase 49% do total de processos organizados. Também me apraz registar que o número de processos resolvidos através dos métodos ditos expeditos aumentou, agora para quase 10% do total de processos não arquivados liminarmente. Não se leia esta indicação sem a prevenção de se afirmar claramente que toda a actuação do Ombudsman deve, por natureza, utilizar métodos expeditos, por informais. Neste caso a informalidade é levada a extremos, entendendo-se apenas proceder ao trabalho burocrático mínimo, inclusivamente o próprio registo da queixa, apenas depois do assunto estar resolvido ou se comprove a impossibilidade de o ser a breve trecho. A rácio de eficácia mantém os valores obtidos em anos anteriores, verificando até uma pequena subida.

5. As queixas apresentadas com recurso à Internet subiram também em 1998, embora só de modo significativo já em 1999, para o que terá contribuído uma revitalização da página do Provedor de Justiça na rede, com inclusão dos documentos produzidos, designadamente recomendações e pedidos de fiscalização da constitucionalidade alguns dias após a sua feitura.

   A origem geográfica das queixas demonstra uma alteração significativa, pela primeira vez desaparecendo Lisboa do primeiro lugar de entre os distritos/regiões autónomas com maior número de queixas relativamente à respectiva população. Esse lugar é ocupado agora pelo arquipélago dos Açores, assim se demonstrando o sucesso da abertura da respectiva extensão da Provedoria de Justiça e o dinamismo que o elevado número de recomendações, adiante publicadas, revela. O distrito de Lisboa é mesmo ultrapassado pelo de Portalegre, sendo aquele seguido pelo de Bragança, facto que só aparentemente é insólito, encontrando fácil explicação no facto de em 1997 se ter desenvolvido uma acção de divulgação do Provedor de Justiça nessas duas regiões, até então das que menos queixas apresentavam em termos relativos.

6. A despeito das esperanças que transmiti na introdução ao Relatório de 1997, não foi possível concretizar em 1998, nem tão pouco o será já em 1999, a instalação da extensão da Provedoria de Justiça no Funchal. O maior óbice foi sem dúvida o das instalações, tendo falhado, por razões não imputáveis ao Estado, as negociações para a aquisição das que se tinham em vista. Não obstante este

revés, o número de queixas de residentes da Região Autónoma da Madeira aumentou sensivelmente, quiçá já como reacção às abordagens que a imprensa local fez da próxima instalação da extensão. Não é deslocado deixar aqui mencionado que já está celebrado o contrato-promessa de compra e venda de instalações perfeitamente adequadas, em termos funcionais e de acessibilidade, na cidade do Funchal, estando a decorrer obras ligeiras de adaptação.

7. Em 10 de Dezembro de 1998 a Declaração Universal dos Direitos do Homem celebrou o seu cinquentenário. Participando o Provedor de Justiça na Comissão Nacional para estas comemorações, decidiu esta entidade publicar um livro intitulado "A Provedoria de Justiça e a defesa dos Direitos do Homem", consistindo numa edição da Declaração Universal com casos concretos em que tenha tido intervenção a Provedoria de Justiça a respeito de cada artigo. A recolha dos casos e a feitura do texto esteve a cargo de um grupo de colaboradores meus, por mim coordenado.

8. Como casos mais significativos sucedidos em 1998, de que adiante se dará notícia mais detalhada, permito-me salientar o caso da análise do regime legislativamente consagrado para os processos de reconversão urbanística das áreas urbanas de génese ilegal, em que recomendei uma participação pública com um papel dirigente, o que se traduziu em alteração legislativa concordante.

   Destaco também, em resposta a recomendação nesse sentido, a admissão claramente assumida pelo Senhor Ministro das Finanças, divulgada por toda a administração pública, de que o Estado é responsável pelo pagamento de juros de mora em caso de incumprimento de obrigações para com os particulares.

   Foi em 1998 dirigida à Senhora Ministra da Saúde uma recomendação em que se defendia o pagamento de indemnização a infectados com os vírus VIH em estabelecimentos de saúde, ainda que se não demonstrasse culpa dos serviços, por aplicação de um princípio de solidariedade e socialização do risco. A resposta foi de algum acolhimento, embora com dúvidas, remetendo-se uma resposta final para uma comissão ad-hoc, formada por representantes do Ministério da Justiça, das Finanças e da Saúde. Até ao momento nada me foi comunicado em termos finais.

   Na vertente do funcionalismo público manteve-se a atenção sobre o processo de regularização do pessoal sem vínculo à administração, tendo algumas dúvidas e questões levantadas em diversos processos sido resolvidas pela publicação do Decreto-Lei 256/98, de 14 de Agosto.

   Recomendei à Assembleia da República a revogação do regime introduzido em 1996 para a nomeação de cargos dirigentes intermédios, por entender não ser o melhor para salvaguardar os interesses públicos, recomendação essa que não surtiu efeitos.

   Também em 1998 não logrei obter resposta do Senhor Ministro da Cultura a uma recomendação que visava introduzir alguma segurança e certeza na aplicação da Lei 62/98, que regulamentou o art.º 82º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. De todo o modo, por entender que violavam a Constituição algumas das suas normas, formulei o respectivo pedido junto do Tribunal Constitucional.

   Por fim, apesar de se referir a um caso concreto, não queria deixar de aludir às dificuldades que uma cidadã tinha para comprovar o seu casamento, para efeitos de atribuição de pensão de sobrevivência. Tendo casado em Angola em 1960, nunca o respectivo registo tinha sido transcrito em Portugal. A Conservatória do Registo Civil de Capelongo, na República de Angola, tinha sido instada a fornecer certidão comprovativa pelos serviços locais do Ministério dos Negócios Estrangeiros, sem sucesso, sendo certo que, dado o estado de guerra e o mau estado das vias de comunicação, era mesmo duvidosa a existência actual de tal serviço público. Perante estas dificuldades, recorreu-se ao processo de justificação canónica do seu casamento em Portugal, tendo a decisão final sido transcrita no Registo Civil português. Tudo isto conduziu finalmente à atribuição da pensão de sobrevivência em falta, com efeitos retroactivos ao óbito do marido.

9. Em 1998 foi levada a cabo uma nova inspecção ao sistema prisional, com visita aos cinquenta e quatro estabelecimentos do continente e ilhas, tendo em vista a apreciação da evolução sofrida desde 1996, data em que realizei o meu primeiro relatório sobre as nossas prisões, oportunamente entregue na Assembleia da República. Estas visitas decorreram entre 12 de Outubro e 11 de Novembro de 1998, de tudo resultando um relatório apenas publicado em 1999.

Neste ano foram ainda realizadas algumas visitas a estabelecimentos de saúde da região do Porto, apurando da evolução sofrida na situação alvo de recomendações de diversa ordem em 1997 (cfr. Relatório deste ano, pgs. 599 e 517).

Foi ainda divulgado o relatório sobre a inspecção ao Serviço Nacional de Protecção Civil e ao seu homólogo da Região Autónoma dos Açores, em consequência das sua actuação nas cheias de Outubro-Novembro de 1997. Este relatório é publicado na íntegra no presente que ora apresento ao Parlamento.

10. Da actividade desenvolvida pela linha verde Recados da Criança adiante se encontrará informação detalhada. Atendendo à experiência nesta colhida e ao manifesto interesse que uma iniciativa similar deteria, iniciaram-se no ano de 1998 os trabalhos de preparação da criação de uma linha telefónica especialmente vocacionada para os problemas da população idosa, que veio a iniciar os seu funcionamento em meados de 1999.

11. Este relatório é o penúltimo que dirijo à Assembleia da República, órgão que me designou para as funções de Provedor de Justiça por duas vezes consecutivas.

Ainda que não seja a hora apropriada para um balanço, mais a cargo do Povo e dos seus representantes do que de mim, aqui fica o relato do que de mais relevante se encontrou em 1998 na defesa dos direitos dos cidadãos e da defesa da constitucionalidade.

I

Da Actividade Processual

PROVEDOR DE JUSTIÇA

1. Dados Estatísticos

Quadro I
Movimento geral de processos

I – Número de Processos organizados	
Queixas escritas	5061
Queixas verbais	271
Total	**5332**
Iniciativas do Provedor	30
Total geral	**5362**
dos quais correspondem a processos de inconstitucionalidade	58

II – Número de processos reabertos	
de 1976 a 1992	157
de 1993	25
de 1994	39
de 1995	42
de 1996	61
de 1997	28
De 1998	316
Total	**661**

III – Número de processos movimentados e a movimentar

Processos que transitaram de 1976 a 1992	582
Processos que transitaram de 1993	383
Processos que transitaram de 1994	617
Processos que transitaram de 1995	731
Processos que transitaram de 1996	2218
Processos que transitaram de 1997	2662
Processos reabertos	661
Processos organizados em 1998	5362
Total	**12555**

IV – Processos arquivados em 1998	
transitados de:	
1976 a 1992	310
1993	123
1994	256
1995	286
1996	1218
1997	1092
Soma dos anteriores a 1998	3285
organizados em 1998	2596
Total geral	**5881**

V – Totais finais	
Processos organizados	5362
Processos movimentados	12555
Processos arquivados	5881
Processos organizados e arquivados em 1998	2056*
* Representando 48,4 % do total de processos organizados	

Recomendações: 96, sendo 15 normativas/genéricas e 81 não normativas.
Pedidos de Declaração de Inconstitucionalidade: 7

Quadro 2
Motivos de arquivamento

A	Arquivamento liminar	359	6,10%
B	Improcedência	2826	48,05%

C	Não resolvidos	192	3,26%
D	Não resolvidos/Recomendação não acatada	63	1,07%
E	Resolvidos independentemente da intervenção do Provedor	979	16,65%
F	Resolvidos pela instrução do processo	1239	21,07%
G	Resolvidos/Recomendação acatada	216	3,67%
H	Pedido de declaração de inconstitucionalidade	7	0,12%
Total		**5881**	**100,00%**

Quadro 3

Rácios de eficácia da intervenção do Provedor

Taxa de estudo	(Total - A)**/**(Total)	**94 %**
Taxa de resolução	(E+F+G+H)**/** Total - (A+B)	**91 %**
Taxa de sucesso	(F+G+H)**/**(Total - [A+B+E])	**85 %**

Evolução entre 1992 e 1998

	1992	**1993**	**1994**	**1995**	**1996**	**1997**	**1998**
Taxa de estudo	80,62%	86,13%	86,12%	95,94%	89,63%	94,16%	93,90%
Taxa de resolução	72,18%	84,41%	81,52%	78,12%	82,69%	89,86%	90,54%
Taxa de sucesso	58,84%	75,21%	74,71%	71,16%	76,82%	82,89%	85,15%

Quadro 4
Classificação dos Processos por Assuntos

Administração da Justiça		
	Processo penal	324
	Processo cível e laboral	389
	Contencioso administrativo e tributário	19
	Advocacia	60
	Outras questões	54
	Total	846
Administração Local		**164**
Administração Pública		**124**
Agricultura e Pecuária		29
Bancos		**64**
Comércio		**13**
Contribuições e Impostos		**153**
Crime		**58**
Descolonização		**33**
Direitos Fundamentais		
	Direito ao Ambiente e qualidade de vida	175
	Direito à informação e acesso a documentos	3
	Acesso à justiça	6
	Direito de propriedade	16
	Liberdade de informação	12
	Integridade física e moral	25
	Direitos do consumidor	33
	Outros	157
	Total	427
Educação e Ensino		199
Empresas		**22**
Expropriação e requisição de bens		**45**
Habitação		**161**
Indústria e Energia		**8**
Jogo		**3**
Polícia/GNR		**141**
Regime Prisional		**227**

Registos e Notariado			**122**
Saúde Pública			**118**
Segurança Social			
	Abono de Família		20
	Aposentação e reforma		130
	Pensão de sobrevivência		38
	Diversos		285
	Total		473
Seguros			45
Trabalho			
	Administração Local		
		Admissões	1
		Carreiras	6
		Concursos	22
		Penas expulsivas	4
		Disciplina	6
		Remunerações	4
		Diversos	40
		Total	83
	Administração Central e Regional		
		Admissões	22
		Carreiras	96
		Concursos	141
		Penas expulsivas	83
		Disciplina	23
		Remunerações	166
		Diversos	593
		Total	**1124**
	Empresas Públicas		4
	Sector Privado		116
	Total		

Transportes e Comunicações		77
Urbanismo e Obras Públicas		
	Obras Ilegais	83
	Licenciamento	102
	Obras coercivas	26
	Obras públicas	31
	Diversos	110
	Total	352
Diversos/ Assunto incompreensível		131
Total		5362

Quadro 5

Entidades visadas nos processos

I – Administração Central	
Governo	72
Primeiro Ministro	0
Presidência do Conselho de Ministros*	36
Ministério da Defesa Nacional	122
Ministério dos Negócios Estrangeiros	18
Ministério das Finanças	485
Ministério da Administração Interna	209
Ministério do Equipamento, Planeamento e Administração do Território	101
Ministério da Justiça	589
Ministério da Economia	39
Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas	71
Ministério da Educação	610
Ministério da Saúde	292
Ministério do Trabalho e da Solidariedade	412
Ministério do Ambiente	46
Ministério da Cultura	15
Ministério da Ciência e da Tecnologia	3
Total	**3120**

* Na Presidência do Conselho de Ministros incluem-se as estruturas dependentes dos Ministros-Adjuntos.

II- Administração Regional e Território de Macau	
Açores	74
Madeira	31
Macau	5
Total	**110**

III – Administração Local	
Governos Civis	22
Juntas Distritais	0
Assembleias Distritais	0
Federações de Municípios	0
Câmaras Municipais	607
Assembleias Municipais	4
Serviços Municipalizados	37
Juntas de Freguesia	55
Assembleias de Freguesia	7
Juntas de Turismo	0
Total	**732**

IV – Outras entidades	
Presidência da República	0
Assembleia da República	13
Provedoria de Justiça	6
Conselhos Superiores da Magistraturas	0
Tribunais	567
Ministério Público	2
Forças Armadas	82
Comissão Nacional de Eleições	2
Empresas públicas e sociedades de capital público	95
Comissões de recenseamento	0
Entidades estrangeiras	9
Entidades particulares	555
Associações Públicas	61
Outras	8
Total	**1400**

Quadro 6
Características das queixas

A) Situação sócio-profissional dos reclamantes

I – Queixas individuais	
Agricultor	23
Aposentado ou reformado	359
Comerciante	32
Desempregado	61
Doméstica	53
Estudante	204
Industrial	23
Militar	190
Profissão liberal	330
Profissão não declarada	1368
Proprietário	27
Recluso	403
Trabalhador da Administração Central, Regional ou Local	1301
Trabalhador de empresa pública ou nacionalizada	3
Trabalhador do sector privado	203
Outros	257
Total	**4837**

II – Queixas colectivas	
Associações profissionais	49
Comissões de residentes	112
Comissões de trabalhadores	17
Entidades públicas	63
Partidos políticos	11
Sindicatos e Associações Sindicais	128
Sociedades	106
Outros	9
Total	**495**

Total geral	**5332**

B) Origem geográfica das queixas

I- Distritos	
Aveiro	242
Beja	52
Braga	224
Bragança	127

Castelo Branco	70
Coimbra	251
Évora	47
Faro	178
Guarda	52
Leiria	157
Lisboa	1706
Portalegre	119
Porto	742
Santarém	195
Setúbal	334
Viana do Castelo	79
Vila Real	89
Viseu	126
Total	**4790**

II – Regiões Autónomas	
Açores	221
Madeira	91
Total	**312**

III – Território de Macau, estrangeiro e origem não identificada	
Macau	34
Estrangeiro	127
Não identificada	69
Total	**230**

C) Distribuição dos reclamantes por género

Sexo Feminino	1762
Sexo Masculino	3075
Não identificado	0
Total	**4837**

D) Queixas oriundas de intermediário

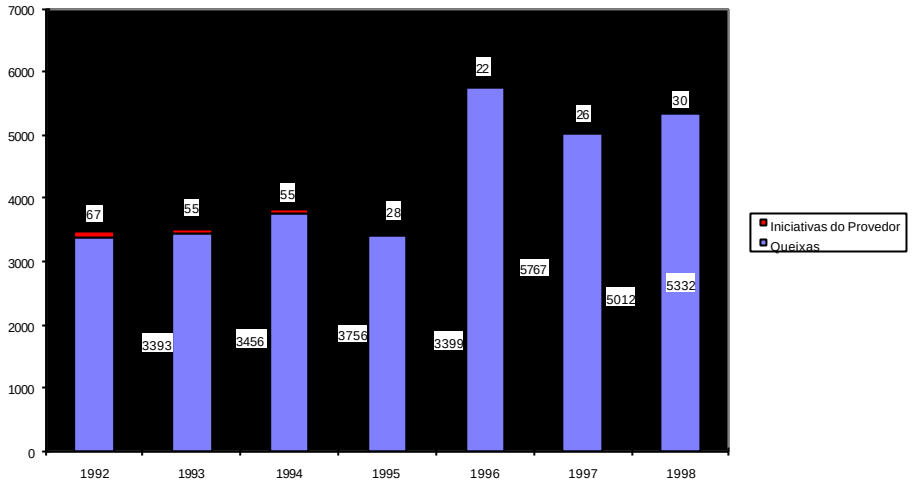
Assembleia da República	0

Ministério Público	81
Total	**81**

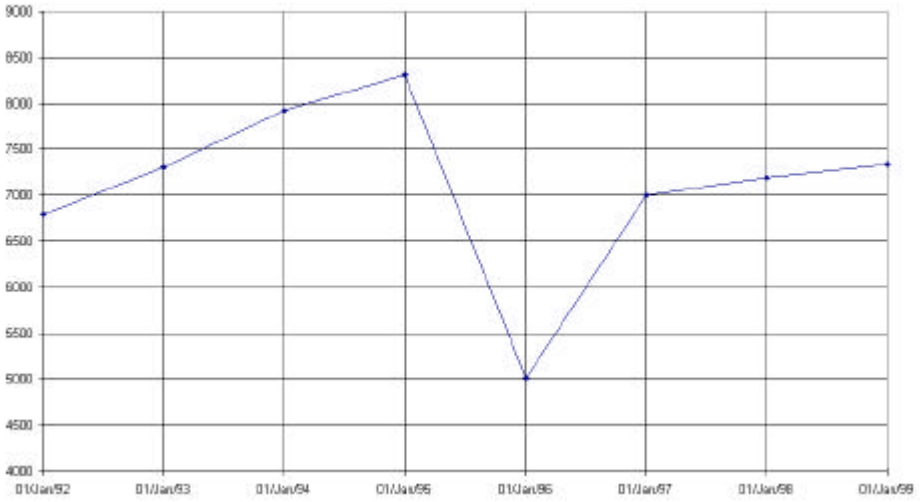
Quadro 7
N.º de queixas por 10 mil habitantes (1992-1998):
os cinco maiores valores

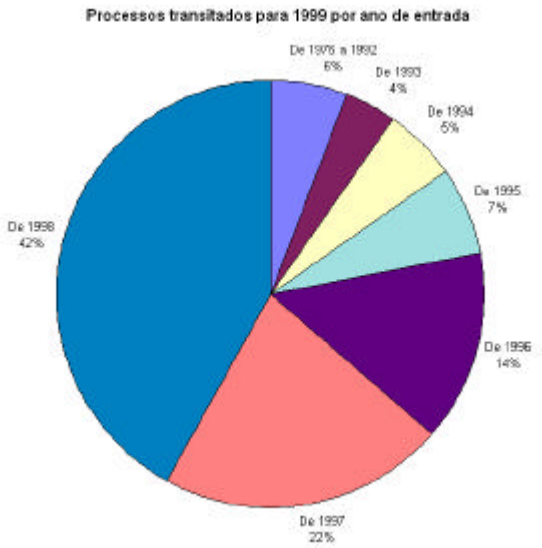
	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
1.º	Lisboa	Lisboa	Lisboa	Lisboa	Lisboa	Lisboa	**Açores**
2.º	Bragança	Coimbra	Setúbal	Vila Real	Setúbal	Coimbra	**Portalegre**
3.º	Coimbra	Setúbal	Coimbra	Coimbra	Coimbra	Açores	**Lisboa**
4.º	Porto	Vila Real	Vila Real	Santarém	Açores	Castelo Branco	**Bragança**
5.º	Santarém	Viana do Castelo	Porto	Setúbal	Leiria	Faro	**Coimbra**

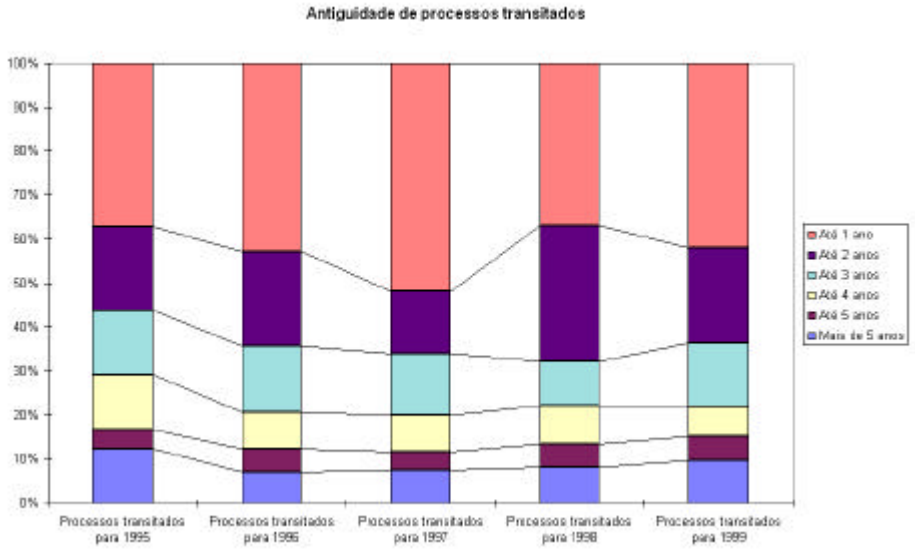
Processos abertos 1992-1998



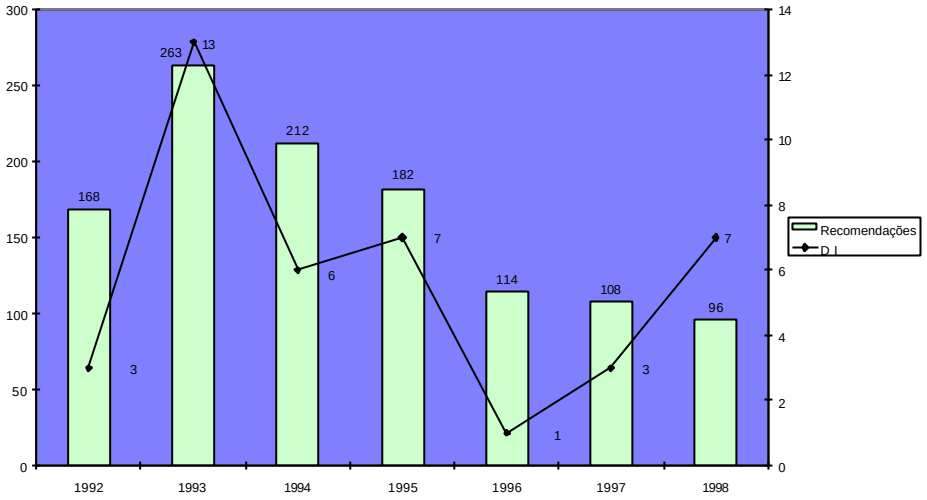
Evolução do n.º de processos pendentes



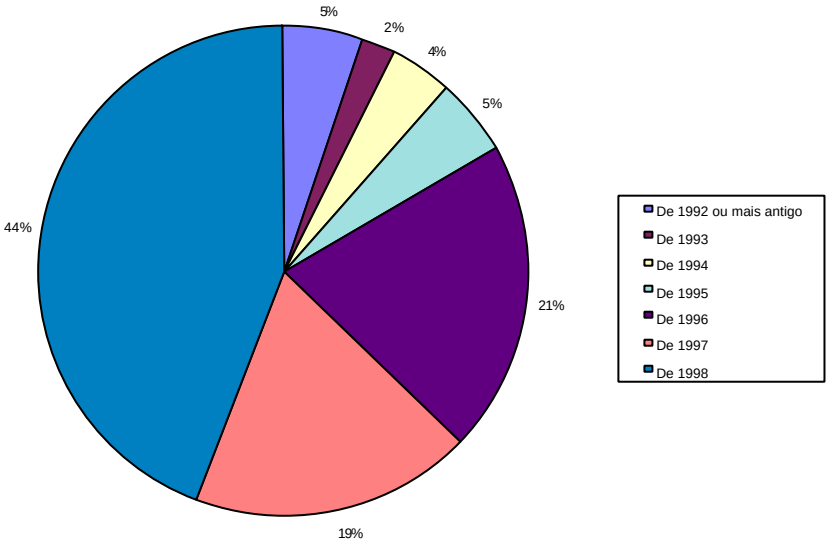

Processos transitados para 1999 por ano de entrada
De 1976 a 1992
6%
De 1993
4%
De 1994
5%
De 1995
7%
De 1996
14%
De 1997
22%
De 1998
42%

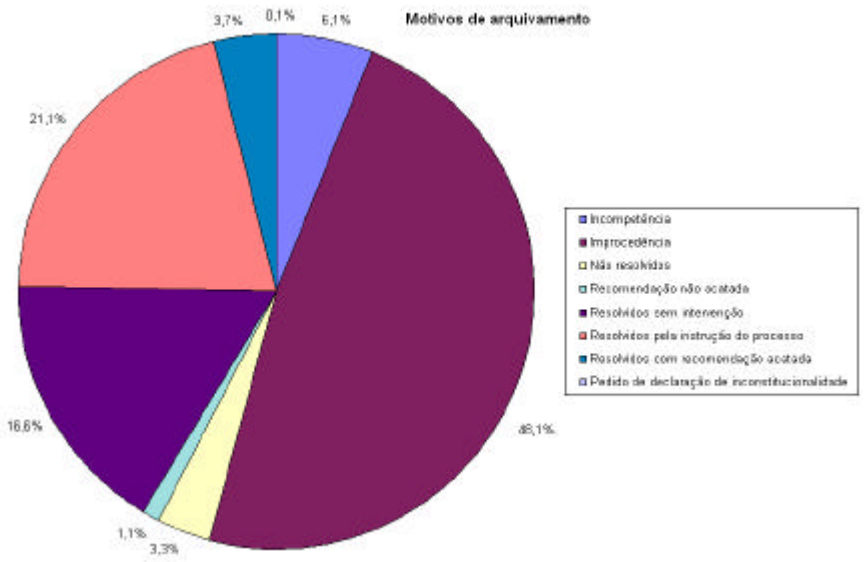

Antiguidade de processos transitados
100%
90%
80%
70%
60%
50%
40%
30%
20%
10%
0%
Até 1 ano
Até 2 anos
Até 3 anos
Até 4 anos
Até 5 anos
Mais de 5 anos
Processos transitados para 1995
Processos transitados para 1996
Processos transitados para 1997
Processos transitados para 1998
Processos transitados para 1999

N.º de recomendações e pedidos de declaração de inconstitucionalidade 1992-98

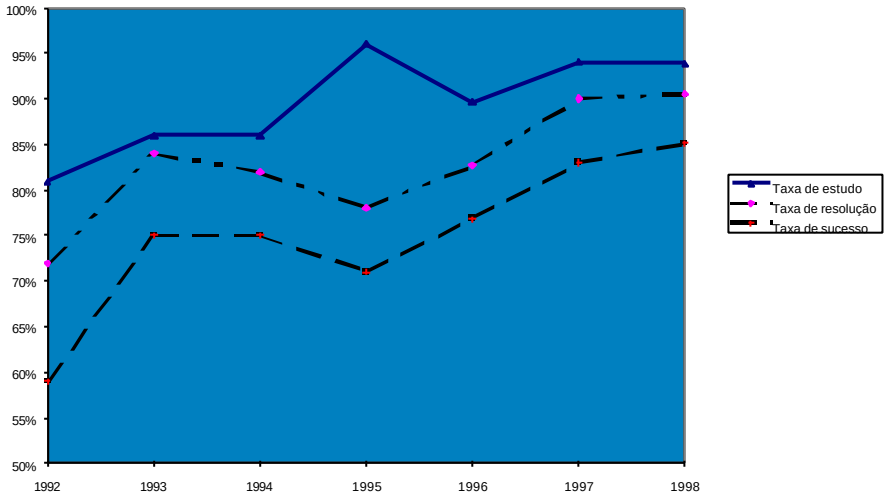


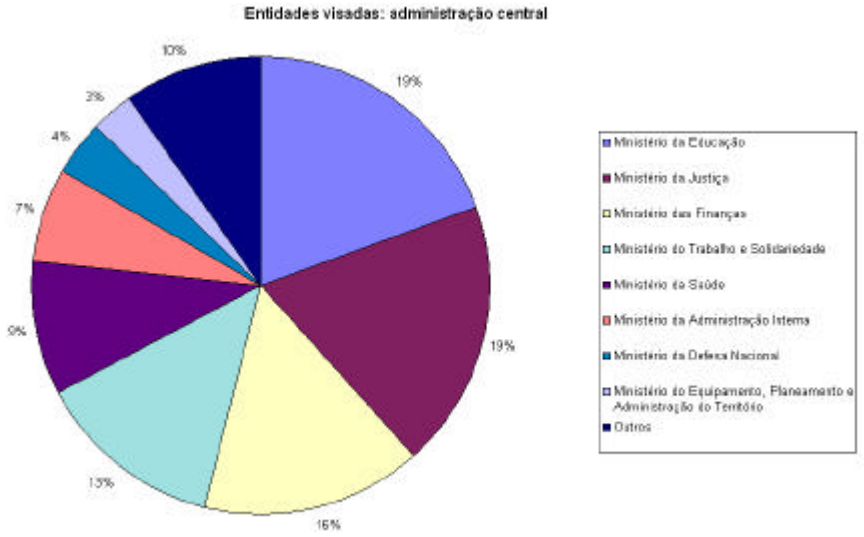
Processos arquivados em 1998 por ano de entrada

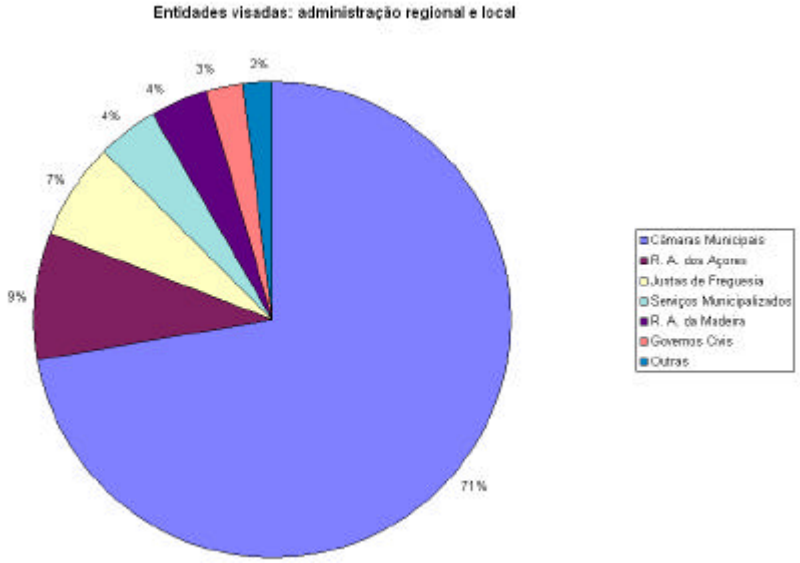




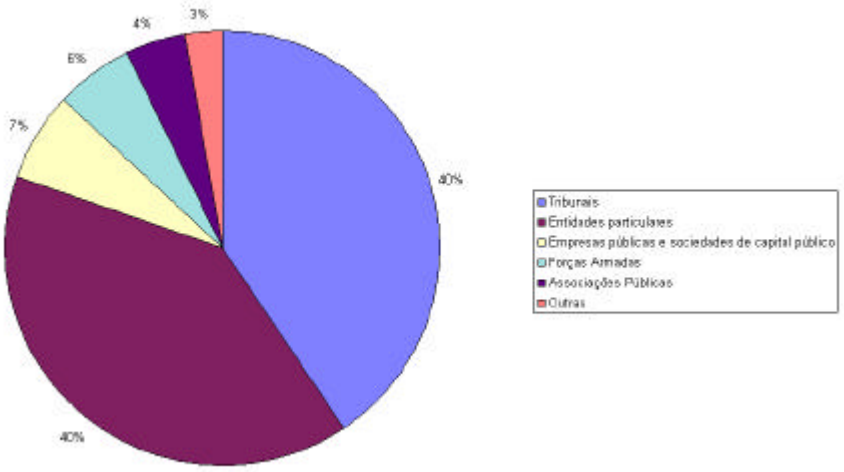
Evolução das rácios



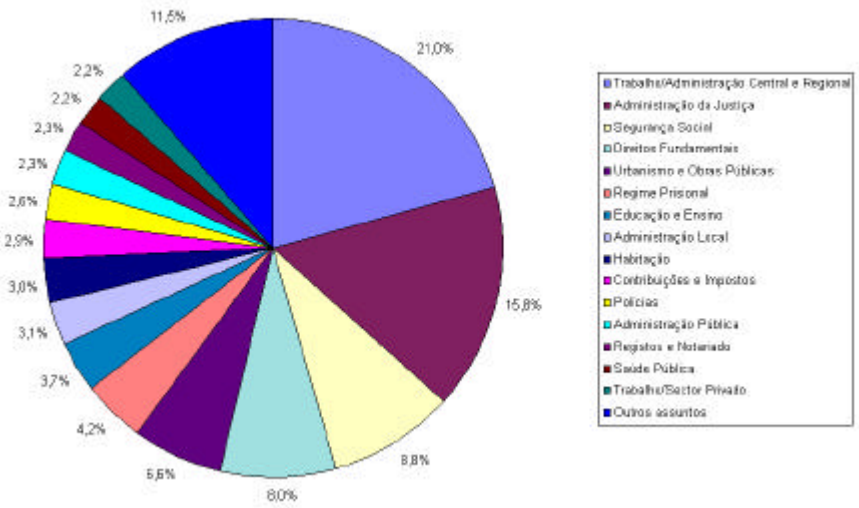

Entidades visadas: administração central
10%
19%
3%
4%
7%
9%
19%
13%
16%
Ministério da Educação
Ministério da Justiça
Ministério das Finanças
Ministério do Trabalho e Solidariedade
Ministério da Saúde
Ministério da Administração Interna
Ministério da Defesa Nacional
Ministério do Equipamento, Planeamento e Administração do Território
Outros


Entidades visadas: administração regional e local
3%
2%
4%
4%
7%
9%
71%
Câmaras Municipais
R. A. dos Açores
Juntas de Freguesia
Serviços Municipalizados
R. A. da Madeira
Governos Civis
Outras

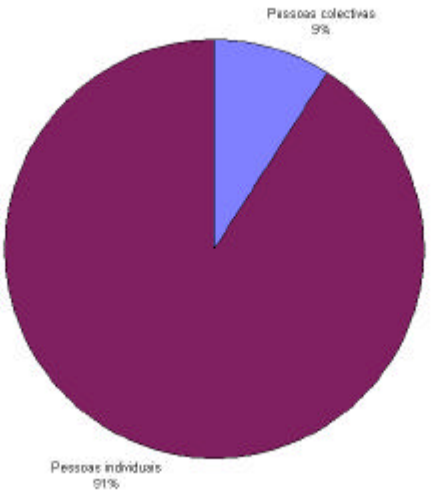
Outras entidades visadas



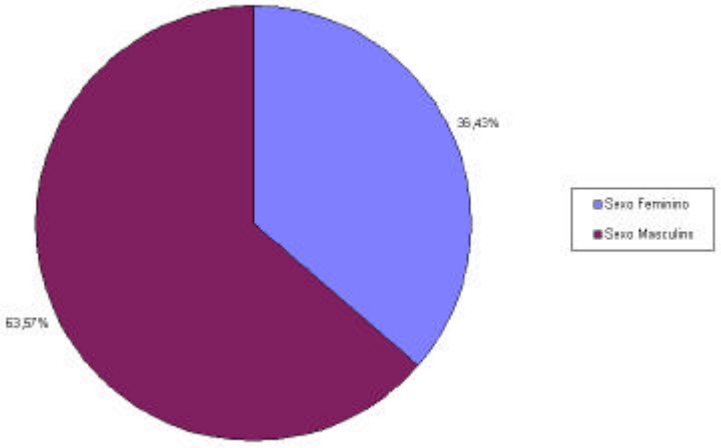
Assuntos das reclamações



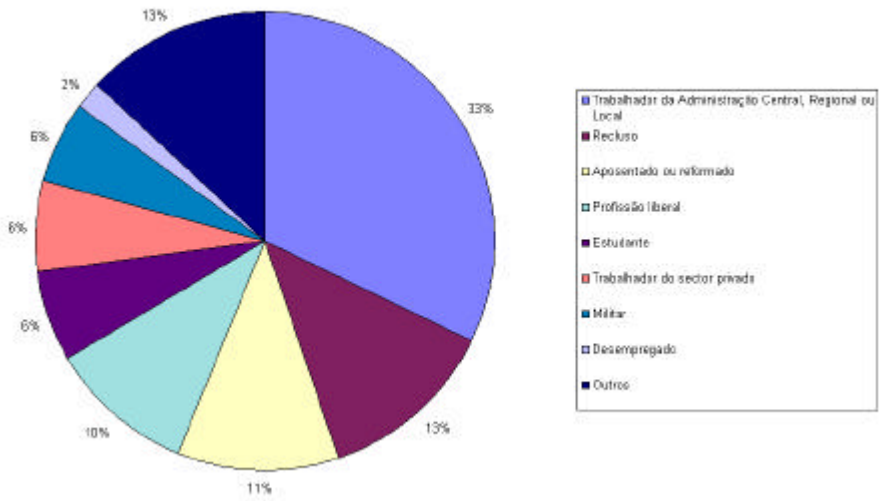
Natureza dos reclamantes

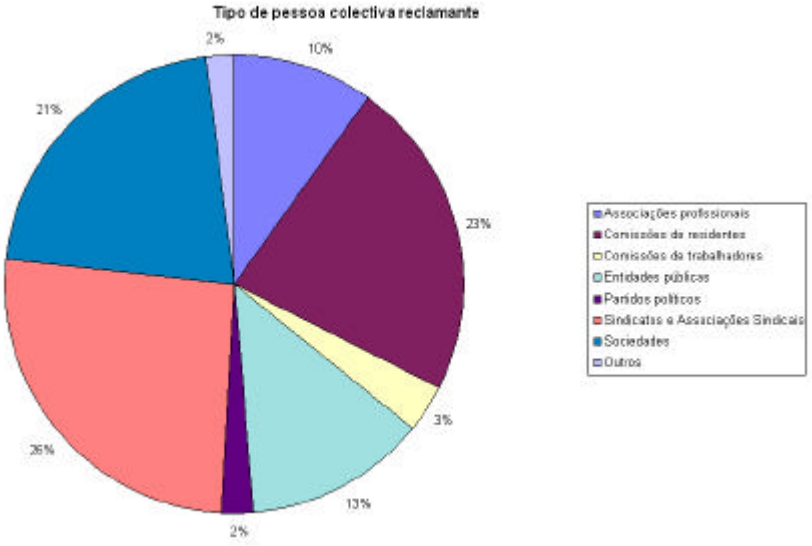


Sexo dos reclamantes

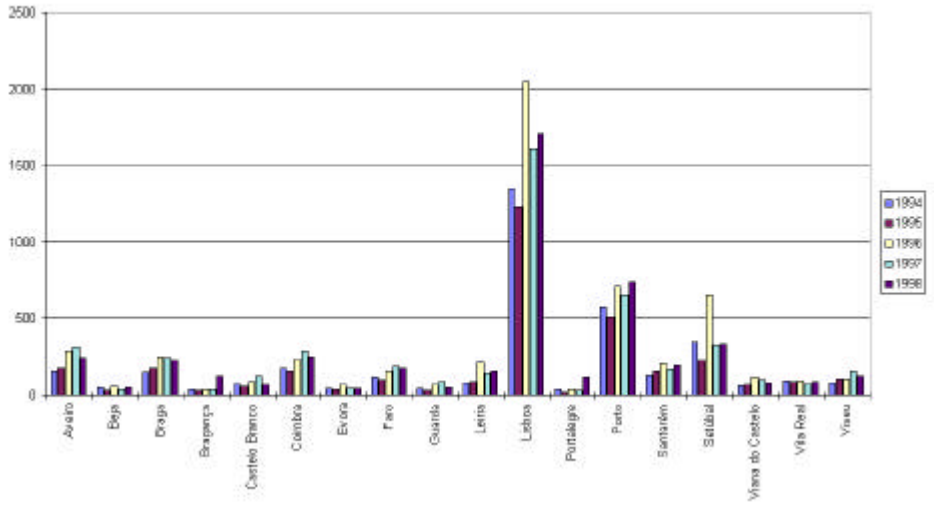


Situação profissional dos reclamantes individuais

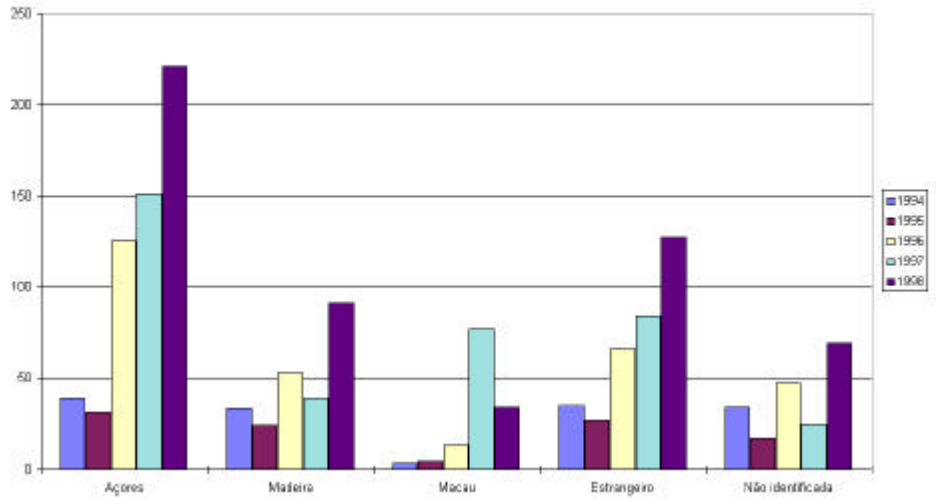



Tipo de pessoa colectiva reclamante
2%
10%
21%
23%
3%
26%
13%
2%
Associações profissionais
Comissões de residentes
Comissões de trabalhadores
Entidades públicas
Partidos políticos
Sindicatos e Associações Sindicais
Sociedades
Outros

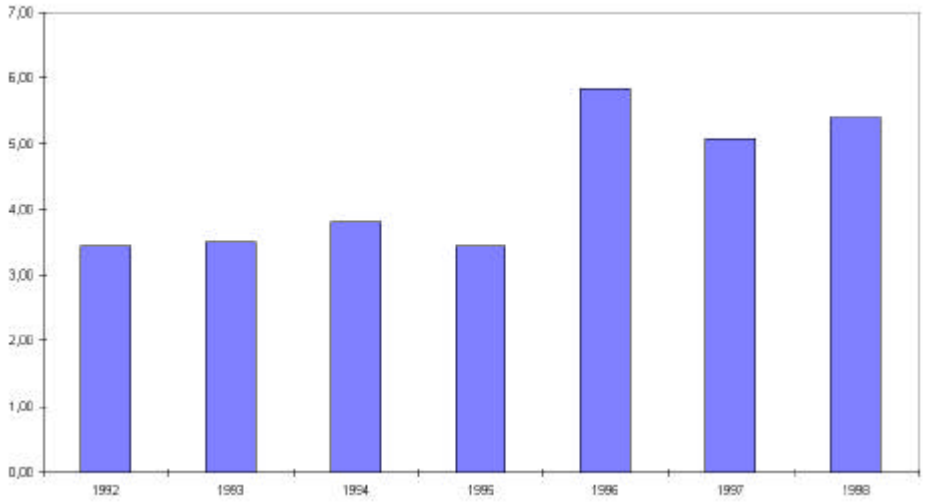
N.º de reclamações por distritos do continente



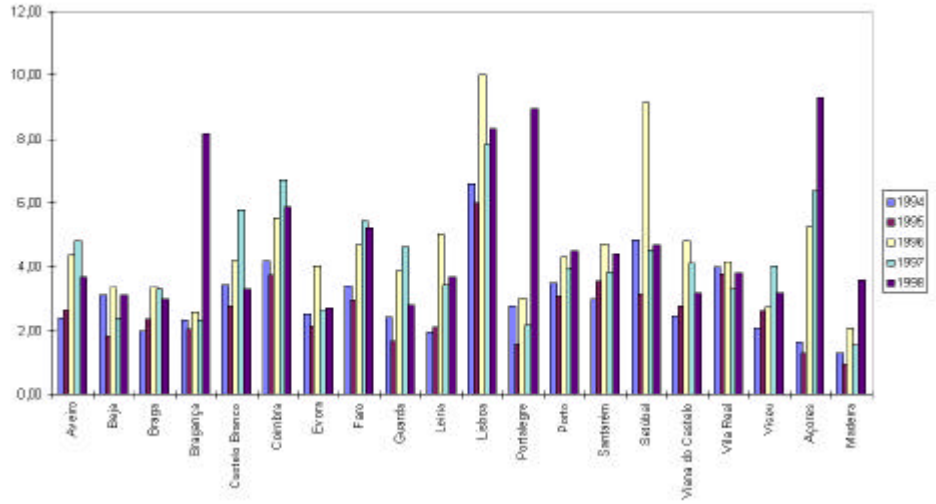
N.º de reclamações nas Regiões Autónomas, Macau e estrangeiro



Queixas por 10 000 habitantes: evolução da média nacional 1992-1998



Queixas por 10 000 habitantes: distritos e regiões autónomas



1.1. Comentário aos Dados Estatísticos

1 - O número total de processos abertos no ano de 1998 foi de 5362, o que correspondeu a um aumento de 324 processos em relação ao ano anterior (acréscimo de 6%).

2 - As queixas apresentadas por escrito foram 5061, as verbais 271 e foram abertos 30 processos por iniciativa do provedor de justiça.

3 - Movimentaram-se ao todo 12555 (no ano anterior foram 12225) processos, tendo o número de processos que transitaram de anos anteriores sido de: 582 de 1976 a 1992, 383 de 1993, 617 de 1994, 731 de 1995, 2218 de 1996 e 2662 de 1997. Foram reabertos 661 processos.

4 - Foram arquivados 5881 processos (5032 em 1997), sendo 310 processos de 1976 a 1992, 123 de 1993, 256 de 1994, 286 de 1995, 1218 de 1996 e 1092 de 1997.

5 - Dos processos organizados em 1998, foram terminados 2596, o que representa 48,4% do total dos processos organizados (em 1997 essa percentagem foi de 47,16%).

6 - Nos processos em que o Provedor tomou posição sobre o mérito, foram formuladas 96 recomendações (menos 12 que em 1997), 15 normativas/genéricas e 81 não normativas.

7 - O Provedor apresentou 7 pedidos de declaração de inconstituciona-lidade, mais 4 pedidos do que no ano anterior.

8 - Em 1998 alcançou-se solução favorável aos interessados, em virtude da intervenção do Provedor e durante a instrução do processo, em 1239 processos, o que corresponde a 21,07% do total dos processos arquivados. Somando a esses os resolvidos por via de Recomendação acatada (216), a percentagem foi de 24,7% dos arquivamentos no ano em análise.

9 - A taxa de estudo dos processos, como em 1997, foi de 94% - restando 6% que correspondem aos arquivamentos liminares - sendo a taxa de resolução de 91% (90% em 1997), excluindo as improcedências e os arquivamentos liminares (incompetência e manifesta improcedência). A taxa de sucesso verificada foi de 85%, correspondendo a um ligeiro aumento em relação ao ano anterior (mais cerca de 2%, conforme se pode ver no quadro comparativo).

10 - As matérias mais tratadas foram: Trabalho (1327), com especial relevo para a Administração Pública, Administração da Justiça (846), Segurança Social (473), Direitos Fundamentais (427), Urbanismo e Obras Públicas (352), Regime Prisional (227),

Educação e Ensino (199), Administração Local (164), Habitação (161) e Contribuições e Impostos (153).

11 - Dentro das queixas respeitantes à Administração Central (3120), 610 foram dirigidas ao Ministério da Educação, 589 ao Ministério da Justiça, 485 ao Ministério das Finanças, 412 ao Ministério do Trabalho e da Solidariedade, 292 ao Ministério da Saúde, 209 ao Ministério da Administração Interna e repartindo-se as demais pelos restantes ministérios.

12- Contra a Administração Regional dos Açores registaram-se 74 queixas e 31 contra a Administração Regional da Madeira.

13 - Na Administração Local Autárquica, as Câmaras Municipais foram as mais visadas com 607 processos, seguindo-se as Juntas de Freguesia com 55 e os serviços municipalizados com 37 queixas. Ocorreram ainda 7 queixas contra as Assembleias de Freguesia e 4 contra Assembleias Municipais.

Ao nível da Administração Local do Estado, os Governadores Civis foram destinatários de 22 queixas.

14 - Contra entidades particulares foram dirigidas 555 queixas, o que corresponde a um aumento de 64% relativamente a 1997.

15 - Contra os Tribunais registaram-se 567 queixas (mais 72 queixas do que no anterior) a que acrescem 2 contra o Ministério Público (existiram 9 em 1997).

16 - Foram dirigidas 95 (173 em 1997) queixas contra Empresas Públicas e Sociedades de Capitais Públicos.

17 - A caracterização sócio-profissional predominante dos que se queixaram ao provedor de justiça evidenciou o elevado número dos trabalhadores da Administração Pública (1301), sendo seguidos dos reclusos (403), dos aposentados e reformados (359), dos profissionais liberais (330), dos trabalhadores do sector privado (203), dos Estudantes (204) e dos Militares (190).

18 - De entre as 495 queixas formuladas por entidades colectivas, destacam-se os sindicatos e associações sindicais com 128 queixas, as comissões de residentes (112) e as sociedades (106).

19 - A repartição geográfica das queixas, segundo os distritos de origem, mostra alterações significativas em relação à tendência anterior. Assim, os distritos de que se receberam mais queixas foram: Lisboa com 1706, Porto com 742, Setúbal com 334, Coimbra com 252, Aveiro com 242 e Braga com 224. Em contraposição, os distritos que deram origem a menos queixas foram: Beja e Guarda com 52 e Évora com 47. Os quantitativos respeitantes aos Açores e Madeira foram de 221 (151 em 1997) e 91 (39) respectivamente. De Macau provieram 34 queixas (77 em 1997) e 127 do estrangeiro

(84).

Em termos de queixas por cada dez mil habitantes (considerando-se como população residente a constante no Anuário Estatístico de Portugal de 1993, ed. INE), a Região Autónoma dos Açores, numa inversão da tendência anterior (6,4), registou a maior taxa com 9,3, seguida de Portalegre com 9, igualmente com uma inversão assinalável de nota (2,2), Lisboa com 8,3, Bragança com 8,2, também aqui a alteração é substancial (2,3) e Coimbra com 5,9. Em sentido contrário assinalam-se os distritos Viseu com 3,2, Beja com 3,1, Braga com 3, Guarda com 2,8 e Évora com 2,7.

Para além do particular dinamismo gerado pela existência da extensão da Provedoria na Região Autónoma doa Açores, os dados referentes aos distritos de Portalegre e Bragança são explicáveis pela campanha de difusão de um desdobrável informativo sobre o provedor de justiça, nos finais de 1997.

20 - Destaca-se o contínuo aumento das queixas de residentes na Região Autónoma dos Açores, passando agora a ocupar o primeiro lugar nacional, fruto incontestado do sucesso da extensão da Provedoria de Justiça instalada em Angra do Heroísmo.
Na Região Autónoma da Madeira verificou-se um aumento significativo de queixas (91 no ano em análise, contra 39 em 1997) o que pode resultar já da divulgação da próxima abertura de uma extensão no Funchal, amplamente noticiada na comunicação social.

21 - De entre as queixas individuais apresentadas 3075 provieram do sexo masculino e 1762 do sexo feminino.

22- Em 1998 continuou a subir o número de pendências (de 7193 para 7342), correspondendo a um aumento de 2%, assim persistindo a tendência para a sua atenuação.

23 – Mais uma vez se verifica que uma grande percentagem de processos foram terminados no próprio ano em que foram iniciados (quase metade), sendo ainda de frisar que 460 (9,2% do total de processos não arquivados liminarmente), foram solucionados através da modalidade mais expedita, introduzida no art.º 13.º da ordem de serviço 1/PJ/96 e publicada no meu relatório de 1996 (p. 849).

2.

Casos significativos

2.1.

Assuntos político-constitucionais: direitos, liberdades e garantias; ambiente, urbanismo e ordenamento do território; cultura e comunicação social; caça e pesca; turismo e jogo.

2.1.1. Recomendações

A
Sua Excelência
a Secretária de Estado da Cultura

C/c
Ao
Exmo. Senhor Director
da Companhia de Dança de Lisboa

R-4268/96
Rec. n.º 4/A/98
1998.02.02

A
Exposição de Motivos

I

Analisados os elementos coligidos no âmbito da instrução do processo em epígrafe, desencadeado por queixa que me foi dirigida a respeito dos procedimentos concursais adoptados pela Secretaria de Estado da Cultura no tocante à concessão de subsídios e apoios financeiros destinados a suportar a produção de coreografia por companhias e grupos de dança, e, em particular, da documentação que me foi facultada pela Secretaria de Estado, entendo dever expor a V.Exª o seguinte:

1. Os concursos para apoio à criação e produção coreográfica de carácter profissional e de iniciativa não governamental são disciplinados pelo Despacho Normativo n.º 51/96 de 21 de Novembro.

2. O júri do concurso anual iniciou a análise das vinte e quatro candidaturas admitidas ao concurso em 14 de Janeiro de 1997 (v.d. acta final e decisória de 30.1.1997).

3. A deliberação final veio a ser tomada em 30 de Janeiro de 1997, tendo o júri,

nessa ocasião, estabelecido e reduzido a escrito, em acta lavrada, os critérios que pautaram a apreciação das candidaturas, os limites mínimos dos montantes a subvencionar, e, outrossim, decidido sobre as candidaturas seleccionadas, os montantes disponibilizados a cada qual, e a natureza anual ou bianual dos apoios concedidos.

Pronunciou-se, também, o júri sobre os candidatos não contemplados, com especificação de projectos que considerou poderem ser apresentados em sede de novo concurso destinado a apoiar projectos pontuais de criação.

Foi, do mesmo passo, enunciado, um conjunto de motivações para as decisões concernentes à selecção das candidaturas e à sua não contemplação.

4. O art. 14º do Regulamento citado estabelece "factores de valorização" das candidaturas, os quais não equivalem, de certo, a critérios de escolha, mas a estes simplesmente acrescem, e deverão ser ponderados na operação de valoração das propostas e na seriação dos candidatos.

4.1. Declara o júri na acta da citada reunião ter analisado "as candidaturas apresentadas na perspectiva da clareza do seu projecto artístico, da credibilidade artística e profissional da sua direcção, do seu contributo potencial para o enriquecimento do tecido profissional, do reconhecimento artístico e profissional já alcançado, da sua implantação no terreno, do seu impacto na comunidade, pautando estes critérios pelos factores de valorização enunciados no art. 14º do Despacho Normativo n.º 51/96, de 21 de Novembro".

4.2. Verifico ter o júri definido critérios de selecção *extra legem*, após terminada a análise dos projectos apresentados pelos candidatos. Com efeito, não deliberou o júri antes de iniciado o procedimento de apreciação das candidaturas, nem tão pouco, no decurso do mesmo, sobre os critérios de selecção e seriação.

A este respeito, cumpre-me invocar as normas e princípios a que deve obedecer, sob pena de denegação da essência do concurso público, e do fim de interesse público que subjaz à imposição legal da abertura de concurso para atribuição dos dinheiros públicos, a condução do procedimento concursal.

Ao instituir a necessidade da observância do procedimento de concurso público, pretendeu o legislador garantir a igualdade no acesso dos interessados aos apoios a atribuir, e assegurar a objectividade, a imparcialidade e a racionalidade nas escolhas a efectuar por parte do Estado.

Na verdade, a escolha por meio de concurso público implica, por si só, a adopção de certos procedimentos e o cumprimento de um conjunto de formalidades (instrumentais relativamente à consecução daquelas finalidades) sem o que se torna

difícil a sindicância do respeito por tais imperativos e não existirá se não uma aparência de concurso.

4.3. O regulamento aprovado pelo Despacho Normativo n.º 51/96 de 21 de Novembro, dispôs sobre certos passos procedimentais, designadamente, em matéria de constituição do júri, instrução das candidaturas, definição de prazos, mas deixou no vazio alguns pontos sensíveis, tais como a definição dos elementos que devem condicionar a apreciação das candidaturas, a sua selecção e a sua não contemplação.

Manifesto, ainda assim, a minha estranheza pela circunstância de não ter este concurso sido precedido da publicação de um programa que regulasse as diversas fases e aspectos do procedimento.

4.4. Com efeito, se os factores de valorização não constituem critérios de escolha, influindo, não no acto de selecção mas, *a posteriori*, na pontuação das candidaturas seleccionadas, tenho que concluir que, em nenhum momento prévio à sua apresentação, definiu a Administração critérios de escolha.

5. Outra questão fundamental merece aqui a minha apreciação: o regular cumprimento pelo júri do concurso das exigências legais em sede de fundamentação dos actos decisórios.

5.1. Não se alcança, por ausência de explicitação na acta final, em que medida influiram os factores de valorização enunciados na norma que se contém no art. 14º do Regulamento na aplicação dos critérios fixados pelo júri, nem, de resto, qual o *iter* seguido pelo júri na apreciação de cada uma das candidaturas, por si só consideradas, em resultado da ponderação de uns e outros parâmetros de decisão.

5.2. Para fundar as suas opções, o júri formula juízos opinativos, sem enunciação das permissas cognoscitivas, tais como "corresponde à apreciação positiva que o júri faz deste projecto artístico", mostrando-se difícil, se não impossível, reconstituir os passos do raciocínio valorativo e apreender os elementos de facto sobre que se debruçou a análise efectuada.

5.3. A apreciação daquele Órgão colegial não apela a critérios uniformes, porquanto ponderou o júri distintos aspectos em relação a um núcleo considerável de candidatos.

Assim, o impacto da actividade, a gestão efectuada pelo grupo coreógrafo, a qualidade e a viabilidade de projectos artísticos anteriores, as características da acção desempenhada pelo candidato, e o *curriculum* profissional e artístico dos responsáveis pelo projecto apresentado são sucessivamente invocados pelo júri, ainda que cada um

desses aspectos se reporte, tão só, a cada das candidaturas apreciadas, sem qualquer juízo comparativo com as demais.

5.4. A decisão de selecção da "Balleteatro Companhia" não se mostra minimamente fundamentada por não serem explicitadas quaisquer motivações que a legitimem.

5.5. Não se mostra, igualmente, fundamentada a deliberação tomada quanto aos montantes disponibilizados a título de apoios a cada uma das estruturas seleccionadas.

5.6. Não se conhecem as razões que levaram o júri a atribuir valores sensivelmente divergentes aos diversos candidatos (Esc.2000.000$00, Esc. 4000.500$00, Esc.5.000.000$00, Esc. 6.000.000$00, Esc.9.000.000$00, Esc.10.000.000$00, Esc.20.000.000$00 e Esc. 22.000.000$00), ou a estabelecer "como montante mínimo aceitável para um apoio estrutural" o valor de Esc. 4.000.500$00.

De resto, não obstante o estabelecimento de um montante mínimo, veio o júri, logo após, a contemplar um dos candidatos com uma quantia muito inferior ao limite fixado, denotando-se aqui uma incongruência no passo decisório, para a qual não se apresenta justificação plausível.

5.7. A insuficiência da fundamentação mantém-se no que toca às decisões relativas aos candidatos não seleccionados.

Também neste domínio se encontra prejudicada a sindicabilidade das decisões no que toca aos seus aspectos vinculados e aos demais aspectos a que se pode estender a fiscalização do exercício de poderes discricionários por parte do poder judicial, por não ser perceptível o *iter* cognoscitivo e valorativo do júri.

Assim, resultou postergada a faculdade de averiguar qual a aplicação que mereceram os critérios definidos relativamente às diversas decisões e opções tomadas, e qual a ponderação efectuada relativamente a cada um dos critérios.

O controlo na regular prossecução do interesse público mostra-se, uma vez mais, comprometido.

II

Concurso Público para atribuição de apoios a projectos pontuais de criação coreográfica de carácter profissional e de iniciativa não governamental, para o ano de 1997.

Considerações de naturereza análoga às tecidas nos pontos precedentes são

aplicáveis às decisões tomadas no âmbito do procedimento concursal para atribuição de apoio a projectos pontuais de criação coreográfica de carácter profissional e de iniciativa não governamental, a desenvolver no ano de 1997.

6. Foi este concurso desencadeado ao abrigo do disposto no art. 18º e segs. do mesmo Regulamento aprovado, como se observou, pelo Despacho Normativo n.º 51/96, de 6 de Dezembro, relevando-se, uma vez mais, a ausência de definição, de um programa do concurso, e, em momento prévio ao conhecimento da identidade dos concorrentes e das propostas por estes apresentadas, a formulação de citérios de selecção.

7. No entanto, a definição do conceito "projecto pontual de criação", na interpretação que lhe foi conferida pelo júri, consta da acta final, reportada a reunião realizada em 11 de Março de 1997. Ver-se-á que também esta definição não respeita os princípios que a disciplina do concurso público visa salvaguardar.

Passo a citar, a este propósito, o ponto 2 da referida acta:

"face à desproporção entre o número de candidaturas e os meios disponíveis, o júri sentiu a necessidade de fazer uma interpretação estrita do conceito de "projecto pontual de criação", considerando enquanto tais os projectos de criação coreográfica contemporânea propostos pelos próprios autores a realizar/apresentar num contexto profissional.

Assim, além de algumas candidaturas que estariam sempre fora do âmbito deste concurso, por não terem carácter profissional ou não contemplarem a criação, ficaram excluidos à partida projectos que, numa interpretação mais lata do conceito de criação, poderiam eventualmente ser considerados, tais como projectos de edição/criação literária, de formação/estágio com criação final, de intercâmbio/pesquisa criativa mas sem garantia de produção final, de reconstituição do património coreográfico e de animação socio-cultural baseada na composição coreográfica. Considerando o interesse e a pertinência de alguns destes projectos, o júri entendeu dever sugerir que no futuro se prevejam meios específicos para o seu apoio, contemplando nomeadamente a edição/produção de literatura sobre dança, a investigação e as acções pontuais de formação/pesquisa/sensibilização. Os projectos que, não se inserindo neste concurso, se inserem claramente no âmbito de competências do IPAE, serão remetidos aos respectivos serviços para posterior análise.

(...)

O júri considerou que a finalidade destes concursos era o apoio directo ao

coreógrafo e ao seu percurso criativo e profissional, pelo que, neste caso específico, não deveriam pesar nos critérios considerações de natureza geográfica ou etária, procurando no entanto que a distribuição de apoios contemplasse de forma equilibrada coreógrafos com um percurso já consolidado e coreógrafos ainda em fase de afirmação."

7.1. Verifico, pois, que a própria definição do âmbito do concurso foi relegada para o domínio da decisão do júri, reduzida a escrito na acta da reunião final, após conhecimento das candidaturas, correspondendo, segundo declarações daquele Órgão, a uma interpretação estrita da expressão "projecto pontual de criação".

Neste domínio, é mais notória ainda a excessiva margem de liberdade e discricionariedade confiada ao júri, o qual veio a delimitar de forma positiva e negativa os projectos susceptíveis de serem apresentados e considerados no âmbito do concurso, num momento em que tal delimitação não poderia já ser considerada pelos interessados, nem influir na formação da decisão de concorrerem e na elaboração das respectivas propostas.

Veio o júri a estabelecer uma interpretação do conceito "projecto pontual de criação" e, consequentemente critérios de selecção, com os quais não podiam, nem deviam, contar os candidatos.

Devem pois ter-se por inválidas as decisões de exclusão dos candidatos "por não terem sido considerados no âmbito deste concurso nos termos de 2" (cfr. ponto 5.2 da acta).

8. Desconhecem-se, em absoluto, as razões pelas quais não foram seleccionadas as candidaturas a que se reporta o ponto 5.1. da acta por não apontar o júri, em apreciação conjunta ou individualizada, os motivos da sua não inclusão no âmbito do concurso. Importa aqui referir que deveria o júri ter-se pronunciado sobre as características pontuais de cada candidatura, para concluir, posteriormente pela enunciação dos motivos da sua não admissão.

9. Considero, do mesmo modo, infundadas as decisões de exclusão por falta de meios (ponto 5.3).

Na verdade, não contém a acta elementos que permitam conhecer qual a apreciação efectuada pelo júri relativamente a cada uma das candidaturas, nem o montante que ponderou o júri ser insuficiente para o apoio necessário à viabilização do respectivo projecto.

10. No que diz respeito aos candidatos seleccionados, uma vez mais, não é indicada qualquer ordem de razões para justificar a diversidade dos valores das subvenções atribuidas (entre Esc. 750.000$00 e Esc.5.000.000$00), nem enunciados,

srquer, os parâmetros de graduação dos diversos candidatos, com enfoque nas características que mereceram ponderação por parte do júri relativamente a cada um deles. No ponto 4 da acta, o júri abstém-se, pura e simplesmente, de comentar a apreciação individualizada, cingindo-se à enunciação dos nomes dos candidatos e propostas contemplados e ao montante dos subsídios concedidos.

Também por força de tais circunstâncias, se revela incompreensível a exclusão de outros candidatos por falta de meios, a que procede posteriormente o júri, e sobre a qual tive já oportunidade de me pronunciar.

11. Admito que o júri conheça as motivações das suas decisões, mas isso é insuficiente em face da natureza e das exigências de um concurso público.

A fundamentação dos seus actos tem de evidenciar as razões das suas escolhas, por forma a não poder deixar oculta a informação de que só o júri dispõe em prejuízo dos candidatos.

B
Apreciação

1. A regra da prévia autovinculação da Administração é extensiva a todos os procedimentos inerentes ao concurso público e ganha maior significado no domínio da fixação dos critérios de selecção dos candidatos e das candidaturas.

Mário Esteves de Oliveira (et.al.) sustenta " o que os processos de concursos têm de característico, face aos restantes procedimentos de escolha dos co-contratantes pela Administração, é que, naqueles, essa escolha - para além de decorrer num procedimento dominado pelas regras da igualdade, da publicidade e da transparência, quase se diria do contraditório - assenta em critérios e factores pré-fixados (e imutáveis) de habilitação dos concorrentes, admissão e classificação de propostas (...)." (in C.P.A. comentado, Almedina, 1997, p.836).

Os mesmos autores afirmam que um dos "valores procedimentalmente dominantes no concurso é o da definição prévia das condições procedimentais e materiais de apreciação das candidaturas".

No mesmo sentido, invoca Margarida Cabral que "hoje constitui elemento fundamental do concurso que o particular tenha um real conhecimento dos elementos que irão fundamentar a escolha da Administração para poder elaborar a sua proposta" (v.d. "O concurso público nos contratos administrativos", p.207).

É certo que admite dada orientação jurisprudencial a fixação de sub-critérios

em aplicação dos critérios pré-fixados no programa do concurso, mas condiciona-a à exigência da sua definição em momento anterior ao do conhecimento dos candidatos ou das propostas, consoante os aspectos sob que versem os parâmetros de decisão.

2. O prévio estabelecimento de critérios de escolha, não só garante a possibilidade de os interessados ajuizarem atempadamente acerca das suas probabilidades de êxito no concurso, interessando à decisão de nele participarem, como propicia a elaboração das propostas em função de tais parâmetros, com benefício para a melhor prossecução dos interesses públicos em presença.

Tem aquele procedimento o mérito de prevenir contra a parcialidade da decisão tomada com base em motivações moldadas por peculiares características e qualidades dos concorrentes e respectivas propostas.

3. Os concursos promovidos ao abrigo do Despacho Normativo n.º 51/96, 21 de Novembro, apresentam algumas especificidades relativamente ao concurso público para adjudicação de contratos administrativos. Trata-se, aqui, não de escolher um candidato eliminando todos os demais, mas de seleccionar vários candidatos, eliminando, também, alguns outros; por outro lado, curar-se-á de distribuir subsídios entre os candidatos seleccionados, cujos valores são susceptíveis de variação em função dos candidatos e das propostas contempladas.

Revestem-se tais procedimentos concursais de especial complexidade, reportando-se a matéria especialmente sensível, o domínio da concessão de dinheiros públicos para promoção de actividades privadas.

3.1. Tais circunstâncias permitem afirmar que, nesta sede, importa observar, com particular rigor e cautela, a obrigação de prévia determinação dos critérios de escolha, inerente à existência de concurso, para que não resultem frustrados os objectivos prosseguidos através da norma que se contém no art. 9º do Regulamento citado.

De outro modo, o concurso redundará em mera aparência, sendo o exercício da especial faculdade de negociação conferida ao júri pelo art. 13º relegado para o campo do puro arbítrio.

4. Concluo ter o júri destes dois concursos sob que entendi dever pronunciar-me violado clara e ostensivamente as exigências de selecção por meio de concurso decorrentes do art. 9º do Regulamento.

A falta de respeito pelas regras que definem a essência do concurso induz-me a considerar que, nos dois casos, teve lugar apenas a aparência de um procedimento concursal.

5. A esta ordem de razões acresce, ainda, também no campo da preterição de

passos lógicos do procedimento e no que concerne ao concurso para concessão de apoios a projectos pontuais, a definição do âmbito do concurso na fase final do procedimento.

6. Por fim, quanto à falta de fundamentação das decisões sobre a selecção dos candidatos, a definição dos montantes a atribuir e a exclusão de candidatos relevo que poderá este vício de forma esconder um vício de fundo, na eventualidade de não terem sido aplicados os critérios definidos, prosseguindo o júri interesses subjectivos, em detrimento de critérios objectivos de interesse público. Se assim não é, pelo menos não se evidencia.

Estas dúvidas mostram-se insanáveis a partir da leitura das actas das duas reuniões citadas, o que me permite afirmar ter sido violado pelo júri dos dois concursos o dever de fundamentação dos actos administrativos, na sua dupla vertente, de facto e de direito.

7. A actuação do júri merece especial censura por respeitar ao domínio da Administração de prestação, particularmente vulnerável à influência de interesses particulares, no qual se impõem exigências acrescidas de rigor e de objectividade.

8. Abstenho-me de tornar presente o relevo constitucional e legislativo concedido aos princípios da imparcialidade e da igualdade, bem como ainda ao dever de fundamentação expressa e acessível dos actos administrativos em especial quando afectem direitos ou interesses legalmente protegidos.

IV
Conclusões

De acordo com o exposto, entendo dever exercer o poder que me é concedido no art. 20º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e

Recomendo

A Vossa Excelência que se digne rever, por motivo de invalidade, os actos de homologação das decisões tomadas pelos júri dos concursos para atribuição de apoio à criação e produção coreográfica de carácter profissional e de iniciativa não governamental no ano de 1997, desencadeados ao abrigo do Regulamento, aprovado pelo Despacho Normativo n.º 51/96 de 21 de Novembro, designadamente:

-o acto de Sua Excelência o Secretário de Estado da Cultura que homologou as deliberações do júri do concurso anual para apoio a estruturas de criação e de produção coreográfica de iniciativa não governamental, tomadas em reunião realizada

em 30 de Janeiro de 1997;

- o acto de Sua Excelência o Secretário de Estado da Cultura que homologou as deliberações do júri do concurso para apoio a projectos pontuais de criação coreográfica de carácter profissional e de iniciativa não governamental, tomadas em reunião de 11 de Março de 1997.

Recomendação parcialmente acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Marco de Canaveses

R-1727/97
Rec. n.º 7/B/97
1998.07.31

I
Exposição de Motivos

A
Dos Factos

1. O Sr... apresentou a este Órgão do Estado uma queixa contra a imposição por parte dessa Câmara Municipal do licenciamento dos trabalhos de instalação de estufas com coberturas de plástico para hortofloricultura, e o pagamento da correspondente taxa de emissão de alvará de licença de construção.

2. Na instrução do presente processo, procedeu-se à audição da Câmara Municipal de Marco de Canaveses a qual informou que o art. 2º, n.º 5. da Subsecção II, do Regulamento de Obras, Urbanização, e Compensação pela Cedência de Terrenos para Equipamento Colectivo daquele concelho prevê o licenciamento dos trabalhos de instalação de estufas para hortofloricultura e similares e a cobrança de taxa pela emissão do correspondente alvará de licença de construção.

3. Questionado aquele órgão autárquico quanto ao fundamento legal da exigência de licenciamento municipal, em face do conceito de obra de construção civil, foi referido que a citada exigência apenas era formulada para a instalação de estufas de hortofloricultura e similares com carácter definitivo, evitando-se assim ocupações abusivas para outros fins.

4. Analisada a questão, foi possível concluir quanto à natureza das instalações, que as estufas são estruturas constituídas por uma cobertura plástica, com durabilidade limitada, agravada, em alguns casos, pela utilização de sublimadores de enxofre para protecção das culturas florícolas. Do mesmo modo, os arames que sustentam a cobertura têm uma durabilidade máxima de cinco anos, e os tubos de ferro nos quais o plástico assenta estão apenas apoiados no solo sem qualquer forma de fixação, sendo sustentados por terra que cobre as extremas da cobertura plástica.

5. A Direcção Regional de Agricultura de Entre-Douro e Minho informou que não constitui prática corrente das câmaras municipais a exigência de prévio

licenciamento dos trabalhos de instalação de estufas onde não se recorra à construção de muros, paredes, fundações ou à impermeabilização do solo.

B
Do Direito

6. A exigência pelos municípios de prévio licenciamento da actividade humana de realização de obras ou trabalhos que impliquem um aproveitamento urbanístico do solos fundamenta-se no disposto no art. 51º, n.º 2, alínea c), da Lei das Autarquias Locais e no art. 1º, alínea a), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/95, de 15 de Outubro. Nestes preceitos atribui-se às câmaras municipais o poder de conceder licenças para a realização de obras de construção de novos edifícios, e de reconstrução, ampliação, alteração, reparação, ou demolição de edifícios já existentes, bem como para os trabalhos que impliquem alteração da topografia local, desde que para fins urbanísticos, ou seja, para fins que excedam um aproveitamento ou exploração conforme à sua própria natureza (agrícola, florestal, pecuário ou cinegético).

7. A competência do órgão executivo do município para a atribuição das citadas licenças, encontra-se limitada pelo âmbito da previsão normativa que opera a delimitação das obras ou trabalhos que não podem ser efectuados sem tal controle administrativo prévio. Para além desta previsão é livre a actividade humana de aproveitamento dos solos para fins não urbanísticos.

8. O apuramento, em concreto, da exigibilidade de licenciamento municipal de uma dada construção, implica determinar se os trabalhos a realizar se podem subsumir ao conceito de obra de construção civil, uma vez que é este o conceito que opera a delimitação do objecto dos preceitos citados: todas as obras de construção civil, ainda que tenham natureza ou destino exclusivamente agrícola, estão sujeitas a licenciamento municipal, bem como os trabalhos que impliquem a alteração da topografia local para fins não exclusivamente agrícolas.

9. Para que estejamos perante uma obra de construção civil exige-se que a construção em causa esteja ligada ao solo, ou a edifício pré-existente, e que tenha carácter de permanência (cfr. António Pereira da Costa, Regime Jurídico de Licenciamento de Obras Particulares anotado, pp. 24 e ss, e bibliografia aí citada).

10. Neste sentido, o citado autor define como "obra de construção civil" o "conjunto erigido pelo homem com quaisquer materiais, reunidos e ligados artificialmente ao solo ou a um imóvel com carácter de permanência, com

individualidade própria e distinta dos seus elementos". Assim, para que os trabalhos humanos de construção sejam considerados licenciáveis é necessário que a "obra esteja fixada ao solo ou a construção pré-existente"."

11. Esta é também a interpretação da jurisprudência, a qual entende não estarem sujeitas a licenciamento as obras de carácter transitório, desmontáveis ou amovíveis. *A contrario,* a inamovibilidade e a permanência constituem, assim, pressupostos da exigibilidade do licenciamento.

12. É esta a conclusão que se impõe quando se atende às razões que ditam a sujeição da actividade edificatória a um controle administrativo prévio. Apenas os trabalhos de construção civil que estejam efectivamente ligados ao solo e afectos a um fim não transitório são susceptíveis de suscitar questões de salubridade, segurança, estética paisagística e ordenamento urbano que constituem o motivo do referido controle autárquico e justificam a sujeição a um procedimento administrativo próprio.

13. Ora, conforme referi, as estufas que a Câmara Municipal de Marco de Canaveses entende encontrarem-se sujeitas a licenciamento municipal de obras, por constituirem o resultado material de trabalhos de construção civil, não estão ligadas ao solo com carácter de permanência.

14. Pelo contrário, não só os ferros onde as mesmas assentam estão apoiados no solo sem qualquer outra fixação, como todos os materiais que as constituem são perecíveis e, por isso, têm de ser substituídos regularmente. As estufas em questão são facilmente amovíveis e não têm carácter definitivo, ao contrário do que foi invocado por essa Câmara Municipal.

15. O resultado dos trabalhos de instalação das referidas estruturas não tem carácter definitivo e não é inamovível e, embora, provoque alterações na topografia local, tais modificações possuem natureza exclusivamente agrícola, pelo que inexiste fundamento legal para que seja exigido o respectivo licenciamento.

16. Se é esta a conclusão a extrair quanto à natureza das estufas, no caso presente, outras haverá, destinadas à hortofloricultura, que impõem a realização de obras de construção civil, designadamente, o levantamento de muros ou paredes, a abertura de fundações e a impermeabilização dos solos, cuja edificação implicará, por certo, a emissão da competente licença de construção, por se tratarem os trabalhos respectivos de obras de construção civil.

17. No sentido acima preconizado parece ser a interpretação conferida pela Câmara Municipal de Marco de Canaveses à norma contida no art. 2º, n.º 5, da

Subsecção II, do Regulamento de Obras, Urbanização, e Compensação pela Cedência de Terrenos para Equipamento Colectivo desse concelho ao prever o licenciamento dos trabalhos de instalação de estufas para hortofloricultura. Pretende V. Exa. que, em conformidade, apenas são licenciadas as instalações com carácter definitivo.

18. Simplesmente, no caso presente, parece que a aplicação dos resultados da interpretação diverge da mesma, o que terá motivado a exigência ao reclamante do licenciamento de estufas que não preenchem os aludidos requisitos de permanência e inamovibilidade para poderem qualificar-se como trabalhos de construção civil.

19. Parece, assim, desejável seja acautelada esta incerteza, por via de modificação da norma contida no art. 2º, n.º 5, do citado Regulamento municipal, que opere a redução da previsão normativa aos casos de estufas que importem a realização de obras de construção civil.

20. Não obstante, importa, também, ressarcir o particular pelas quantias despendidas a título de pagamento de taxa pela prática de um acto de licenciamento que não era legalmente exigível pois não existe limitação jurídica a ser removida no caso do exercício da faculdade de aproveitamento do solo para fins agrícolas.

II

Conclusões

Em face do exposto, no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para prevenção e reparação das injustiças e ilegalidades (art. 23º, n.º 1, CRP),

Recomendo

1º) A modificação da norma contida no art. 2º, n.º 5, da Subsecção II, do Regulamento de Obras, Urbanização, e Compensação pela Cedência de Terrenos para Equipamento Colectivo, por forma a acautelar que apenas se encontra sujeita a licenciamento municipal de obras particulares a instalação de estufas de hortofloricultura e similares que impliquem a realização de obras de construção civil.

2º) A devolução das quantias que hajam sido indevidamente cobradas ao Sr...

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia

R-4233/96
Rec. n.º 10/A/98
1998.03.5

I

Exposição de Motivos

1. Em queixa que me foi dirigida, contestava o Sr. L... a inexecução administrativa de ordem de demolição de um muro dirigida em Fevereiro de 1987 ao Sr. A...

2. Contestava o reclamante a omissão das medidas adequadas a promover a execução do despacho do Exmo. Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia, datado de 17 de Fevereiro de 1987, que ordenou ao proprietário do lote n.º 152, do loteamento titulado pelo alvará n.º 51/79, que fosse efectuada, no prazo de oito dias, contados a partir da respectiva notificação, a demolição do muro de vedação do referido lote.

3. Fundamentou-se a ordem de demolição na desconformidade da implantação do muro com aquela que constava do alvará de loteamento e do projecto submetido a licenciamento municipal de obras particulares.

4. Impugnado contenciosamente o acto, veio o Supremo Tribunal Administrativo, por Acordão de 14 de Fevereiro de 1995, a negar provimento ao recurso.

5. Entre a matéria de facto apurada pelo Tribunal, ficou provado que o muro contestado havia sido implantado em área de terreno que, nos termos da operação de loteamento, faz parte do lote contíguo, tendo sido, por isso, a obra implantada em desconformidade com as condições do respectivo loteamento.

6. A fim de permitir a instrução do processo, foi o Exmo. Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia inquirido sobre as razões que obstavam a que, nos termos do disposto nos arts. 149º e ss. do Código do Procedimento Administrativo, fosse determinada a execução coerciva da ordem de demolição, dando-se sequência ao procedimento regulado no Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio.

7. Em resposta, informou o antecessor de V. Exa. que, por despacho de 29.09.1987, havia sido suspensa "a ordem de demolição do muro até que a demarcação entre os lotes 151 e 152, conflito privado de propriedade e posse, se mostrasse judicial ou extrajudicialmente resolvido". Subjacente à suspensão deste acto estaria a preocupação de se saber com exactidão onde seria implantado o novo muro, uma vez demolido o existente.

8. Manifestamente carecida de fundamento se apresenta tal motivação, uma vez decorrer a implantação da construção, tão só, das plantas de implantação anexas ao alvará de loteamento e à licença de construção.

9. Pelos motivos expostos, não procede a Câmara Municipal de Vila Nova de

Gaia à execução coactiva da ordem de demolição, permitindo a subsistência, por tempo indefinido, de uma obra formal e materialmente ilegal, porquanto desrespeita os condicionamentos do respectivo licenciamento e se mostra insusceptível de legalização por atentar contra o alvará de loteamento.

10. Por seu turno, não se vislumbra qual o interesse público que norteia a abstenção camarária em questão. A ordem jurídica não se compadece com a subsistência de obras ilegais: não se mostrando viável a legalização, mais não resta que ordenar a demolição das construções (art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, e art. 58º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro).

11. Com efeito, apenas a demolição garante a completa reposição da legalidade urbanística e a adequada reintegração dos interesses legítimos de terceiros, sendo a única medida de tutela da legalidade urbanística possível no caso em presença.

12. Nos termos do art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, compete às câmaras municipais ordenar "a demolição ou o embargo das obras executadas em desconformidade com o disposto nos artigos 1º a 7º". Também o art. 58º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, prevê poderes de demolição "das obras realizadas sem a respectiva licença ou em desconformidade com ela, quando for caso disso, por parte do presidente da câmara municipal".

13. Trata-se, como decorre do enunciado literal dos preceitos citados, de um poder aparentemente discricionário. O município através dos seus órgãos competentes avalia os pressupostos de facto e decide em ordem à boa prossecução do interesse público local sobre o mérito da demolição da obra ilegal.

14. Com efeito, "se a obra apesar de não licenciada corresponder às exigências materiais da ordem jurídica não há interesse público na sua demolição" (MONTEIRO, Cláudio, O embargo e a demolição de obras no direito do urbanismo, FDL, 1995, p.147).

15. Contudo, certo é que este poder discricionário sofre uma importante limitação por via de quanto estabelece o art. 167º do RGEU. Ali se reduz a discricionariedade a uma de duas alternativas: ou o presidente da câmara municipal ordena a demolição da obra ilegal ou reconhece que a mesma é "susceptível de vir a satisfazer aos requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade", devendo para tal efeito, obter do interessado a legalização. O exercício do poder conferido no art. 167º irá produzir uma vinculação no poder de domolir.

16. Por outras palavras, nada resta à câmara municipal ou ao presidente se não ordenar a demolição da obra, caso esta não possa ou não venha a ser legalizada.

17. É esta a posição que tem ganho crescente acolhimento no Supremo Tribunal Administrativo, ilustrada no Acordão de 11.6.1987 (in Acordãos Doutrinais, 322, pp. 1176 e segs) e no Acordão de 6.11.1990 (Procº 28440, in AJ, n.ºs 13-14, p.35). Neste aresto pode ler-se que "caso os particulares ou pessoas colectivas procedam a construções sem licença ou com inobservância das condições desta, dos regulamentos, posturas municipais ou planos directores, de urbanização ou de pormenor em vigor, devem as câmaras municipais, no exercício de um poder vinculado, ordenar a demolição dessas construções".

18. Isto significa, em conclusão, que caso não seja ou não possa ser exercido o poder de legalização a posteriori (art. 167º do RGEU), a discricionariedade optativa do art. 165º do RGEU - entre ordenar a demolição ou legalizar - fica reduzida a um poder-dever de ordenar a demolição. Neste mesmo sentido se deve entender o art. 58º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 445/91, ao atribuir ao presidente da câmara o poder de ordenar a demolição, quando "for caso disso".

19. No caso em apreço a obra é ilegalizável porquanto a sua implantação se mostra desconforme com a que lhe é atribuída pelo alvará de loteamento, pelo que a V. Exa. mais não resta que promover a execução do despacho de 17.2.1987 que ordenou a demolição do muro.

20. Objectará V. Exa. que os efeitos de tal ordem se encontram suspensos até integral resolução do conflito sobre os limites dos lotes do infractor e do queixoso em virtude do despacho de 29.9.1987. Não permitem, porém, as competências legalmente atribuídas às câmaras municipais, em matéria urbanística, a renúncia ao exercício de um poder por razões de índole exclusivamente privatística, para mais tratando-se de um poder vinculado.

21. Aos municípios não compete exercer poderes de polícia administrativa da propriedade privada. No âmbito do procedimento de licenciamento municipal de obras particulares, apenas compete à câmara municipal, uma vez apresentado o pedido respectivo, verificar a legitimidade do requerente (art. 14º, n.º 1, e 16º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e n.º 2, ponto 1, alínea b), da Portaria n.º 1115/B/94, de 15 de Dezembro). Para este efeito, do requerimento deve constar a indicação da qualidade de proprietário, usufrutuário, locatário, titular do direito de uso e habitação, superficiário ou mandatário, comprovada através de documento

adequado.

22. O requerente deve, assim, fazer prova de que é titular de um direito relativo ao prédio objecto de intervenção, sob pena de rejeição liminar do pedido (art. 16º do Decreto-Lei n.º 445/91). A exigência exposta é de índole meramente formal. Comprovada a legitimidade, a câmara não pode obstar, por esse motivo, ao recebimento do pedido nem aferir da validade do título invocado pelo particular no domínio das relações jurídico-privadas, sob pena de estar a usurpar poderes que estão constitucionalmente atribuídos aos Tribunais comuns.

23. Assim, à câmara municipal não cumpre verificar, em concreto, se os limites do prédio são ultrapassados, nem tomar posição quanto a eventuais conflitos entre várias pessoas que, porventura, apresentem título jurídico relativo ao mesmo prédio. E não cumpre fazê-lo, repito, por se tratar de matéria reservada, em exclusivo, aos Tribunais, de acordo com o disposto no art. 202º, n.º 2, da Constituição.

24. No que ao caso concerne é irrelevante para a reposição da legalidade urbanística, a resolução do conflito de propriedade sobre os limites dos lotes, porquanto a implantação do muro não pode ser outra que aquela que se encontra definida pelos instrumentos urbanísticos vigentes: o alvará de loteamento e a licença de construção.

25. Verifica-se, assim, ser ilegal o acto de suspensão da ordem de demolição. Através deste, renunciou o Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia ao exercício das competências legais em matéria de demolição de obras acima descritas, obstando à reintegração da legalidade urbanística infringida.

26. Rege no que se refere à irrenunciabilidade da competência o art. 29º do Código do Procedimento Administrativo, que sanciona com a nulidade qualquer acto que tenha por objecto a renúncia à competência. Estando a Administração adstrita à prossecução do interesse público, não pode o titular da competência abdicar ou desistir de exercer os poderes que a lei lhe atribui.

27. Dir-se-á que, no caso em análise, o Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia não abdicou das respectivas competências, mas, apenas, diferiu no tempo, transitoriamente, o respectivo exercício. Não será assim, uma vez que se mantém a ordem de demolição suspensa desde 1987, mas mesmo que assim sucedesse, nada legitima que razões de direito privado impeçam o recurso aos poderes camarários de direito público, em matéria de execução de actos administrativos.

28. Como se decidiu no Acordão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Junho de 1987 (cit., p. 1181), ao indeferir um pedido de legalização de uma obra, a

câmara municipal fica "obrigada a ordenar vinculadamente a demolição, por força do art. 167º do RGEU". E a ordená-la sem a faculdade de escolher o momento mais oportuno de agir, porquanto o juízo que, com base em critérios técnicos, formulou acerca da obra, não se coadunava com a abstenção, por esta afectar desde logo os interesses colectivos de estética urbana que a competência conferida às câmaras municipais visa proteger".

29. Pelas razões expostas, urge definir a situação e promover a execução da ordem de demolição. Como V. Exa. de certo não deixará de reconhecer a manutenção de uma situação de facto precária por um período de tempo demasiado longo (onze anos) acaba por ocasionar lesões no interesse público e nos interesses legalmente protegidos de terceiros, contribuindo para a ineficácia da acção administrativa e para a quebra de respeito da autoridade das câmaras municipais por parte dos infractores.

II
Conclusões

Em face do exposto e no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para prevenção e reparação das injustiças e ilegalidades (artº 23º, n.º 1, da CRP),

Recomendo

A V. Exa:

1º Que, nos termos do disposto no art. 134º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, seja declarada a nulidade do despacho de 29.09.1987, do Exmo. Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia que ordenou a suspensão da ordem de demolição do muro contestado;

2º Que seja promovida a execução coactiva da demolição da referida construção, nos termos do disposto no art. 157º do Código do Procedimento Administrativo, dando-se início ao procedimento constante do Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Director Municipal de Infra-Estruturas e Saneamento
da Câmara Municipal de Lisboa

R-2995/97)
Rec n.º 11/A/98
1998.03.09

I
Exposição de Motivos

1. Foi apresentada a este Órgão do Estado uma queixa relativa às obras que a Câmara Municipal de Lisboa realizou na Avenida Conde Valbom, em Lisboa.

2. A queixa baseava-se no facto de alguns residentes da Avenida Conde Valbom terem sido impedidos de circular e estacionar na referida Avenida, quer para acesso às garagens dos edifícios aí situados, quer para operações de cargas e descargas, contrariamente ao que lhes havia sido comunicado e foi sendo autorizado a algumas pessoas, no decurso da execução da obra.

3. Realizada a instrução do processo e ouvida a Direcção Municipal de Infra-Estruturas e Saneamento da Câmara Municipal de Lisboa, foi possível apurar que a obra afectou a Avenida Conde Valbom em toda a sua extensão e que foram emitidas instruções genéricas no sentido de não permitir a circulação e o estacionamento naquela Avenida, com excepção do acesso dos moradores às suas garagens.

4. Não obstante a emissão das referidas instruções genéricas, os serviços da Direcção Municipal que V. Exa. superintende reconheceram que, no decurso das várias fases da obra e em razão do seu estado, foi sendo possível "autorizar mais ou menos circulação e mais ou menos estacionamento" na Avenida Conde Valbom.

5. Mais esclareceram os serviços municipais que os condicionamentos à circulação viária e ao estacionamento foram sendo estabelecidos em concreto e ao longo da execução da obra e dados a conhecer aos moradores na zona e aos demais condutores através da sinalização temporária que foi colocada no local.

6. Na medida em que os elementos recolhidos não permitem analisar como se verificou, em concreto, a permissão de circulação e estacionamento na Avenida Conde Valbom, no decurso das obras, não se poderá concluir pela integral procedência da queixa apresentada.

7. Em qualquer caso, resulta claro que a informação disponibilizada aos residentes da Avenida Conde Valbom, sobre as obras em curso e inerentes restrições à

circulação e estacionamento, não foi nem adequada nem suficiente.

8. Compete ao provedor de justiça, nos termos do art. 20º, n.º. 1, alínea a), da Lei n.º. 9/91, de 9 de Abril, dirigir recomendações aos órgãos competentes com vista à melhoria dos respectivos serviços, ainda que não se encontre em causa nem a justiça, nem a legalidade dos seus actos.

9. Assim, não obstante a questão concreta a que alude a queixa se encontrar ultrapassada, porquanto as obras realizadas na Avenida Conde Valbom já se encontram concluídas, revela-se necessário reflectir sobre os deveres da Administração para com os particulares, no âmbito da execução de obras públicas, com vista a um cumprimento rigoroso dos mesmos deveres, em situações análogas que se venham a verificar no futuro.

10. Não se duvida que a prossecução do interesse público por parte da Administração, em geral, e dos órgãos do Município de Lisboa, em particular, implica, frequentemente, o sacrifício de direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

11. Desta forma, a realização de obras públicas determina, muitas vezes, como aconteceu no caso *sub judice*, condicionamentos, em maior ou menor medida, da circulação viária ou pedonal e do estacionamento nas vias públicas.

12. Essa situação gera evidentes incómodos, quando não mesmo prejuízos materiais, para todos os que necessitam de utilizar as referidas vias, *maxime* para os residentes da zona.

13. Ora, a Administração, ao prosseguir o interesse público, deve pautar-se por determinados princípios gerais, constitucionalmente garantidos.

14. Nomeadamente, a Administração deve prosseguir o interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (cfr. art. 266º, n.º. 1, da Constituição da República Portuguesa e art.. 4º do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Dec.-Lei n.º. 442/91, de 15 de Novembro).

15. Devendo, ainda, abster-se de sacrificar desnecessariamente esses direitos ou interesses, em observância ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso (cfr. art. 266º, n.º. 2, da Constituição da República Portuguesa e art. 5º, n.º. 2, do Código de Procedimento Administrativo)

16. Os princípios supra referidos impõem que a Administração adopte todas as condutas necessárias a evitar prejuízos desnecessários decorrentes, por exemplo, da execução de obras públicas.

17. Nesse sentido, garantir aos directamente afectados por obras de interesse público, e mormente aos moradores da zona, uma informação rigorosa e atempada sobre os condicionamentos que, em consequência daquelas obras, serão impostos à normal circulação e estacionamento na via pública, revela-se uma forma adequada para minimizar os prejuízos e incómodos inerentes à execução das obras.

18. De resto, a informação atempada quanto aos condicionamentos concretos e pontuais, por certo, inculcará nos munícipes uma maior contemplação com os incómodos causados e uma colaboração cujos frutos não são despiciendos.

19. Aliás, esse dever de informação resulta, ainda, de outros princípios jurídicos que regulam a relação da Administração com os particulares, designadamente do princípio da colaboração da Administração com os particulares, previsto no art. 7º do Código de Procedimento Administrativo e do dever geral de informação que impõe, bem como ainda da necessidade da Administração actuar segundo regras de boa fé, por força do art. 6º-A do mesmo diploma, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º. 6/96, de 31 de Janeiro.

20. Face ao exposto, deverão os serviços da Câmara Municipal de Lisboa informar, de forma clara e tão completa quanto possível, os directamente interessados, do prazo de execução e da calendarização das obras públicas que se proponham executar, assim como das restrições, nomeadamente de ordem viária, que serão impostas em consequência e no decurso da execução daquelas obras.

21. A afixação de avisos no local ou a distribuição por via postal de suportes informativos constituem meios expeditos, sem elevados custos e aptos para tal finalidade.

II
Conclusão

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1, CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são atribuídos pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do provedor de justiça), no seu art. 20º, n.º 1, alínea a), e, como tal,

Recomendo

Que a Direcção Municipal de Infra-Estruturas e Saneamento da Câmara Municipal de Lisboa, quando se proponha executar uma obra pública, informe directamente e de forma tão completa e clara quanto possível, os interessados, mormente os residentes na zona afectada pela execução da obra, do respectivo prazo de execução e da

calendarização das suas diferentes fases, assim como das restrições, nomeadamente de ordem viária, que serão impostas no decurso da execução daquela obra e em cada uma das suas fases.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Castro Marim

R-431/97
Rec. n.º 12/A/98
1998.03.09

I
Exposição de Motivos

A
De Facto

1. Foi apresentada queixa na Provedoria de Justiça relativa à imposição de alteração do alvará de loteamento n.º 2/86 feita por essa Câmara Municipal à empresa R..., Lda. (na sequência da remodelação do projecto de arquitectura de uma unidade hoteleira a construir em Alagoa, freguesia de Altura, concelho de Castro Marim).

2. Com efeito, para o lote E2 foi prevista a construção de um Aparthotel com 51 apartamentos, nos termos da alteração ao alvará inicial (que consistiu na junção de dois lotes), requerida pela empresa R..., Lda. e aprovada em reunião camarária de 18 de Maio de 1993.

3. Apresentado o projecto de arquitectura à Direcção-Geral do Turismo, veio esta entidade condicionar a sua aprovação à rectificação das áreas sociais da unidade hoteleira (aumento da área de recepção e da área de espera).

4. Para cumprir esta exigência, foi necessário reduzir o número de apartamentos previstos de 51 para 49, o que foi submetido à apreciação camarária no âmbito do projecto de arquitectura já reformulado.

5. No parecer técnico que recaíu sobre o projecto em causa, pode ler-se que:

"O projecto agora apresentado visa a construção de um hotel de apartamentos, como está previsto no alvará de loteamento respectivo.

Acontece porém que os fogos propostos não são coincidentes com o que está aprovado, mesmo que se tenha traduzido numa diminuição de dois fogos e consequentemente de dois habitantes.

Assim, de 4 T0 aprovados só existem 2 (-2), de 43 T1 só existem 42 (-1) e de 4 T2 passou a haver 5 (+1). Estas alterações das tipologias implicam uma alteração ao alvará de loteamento respectivo, apesar de ter havido uma diminuição quer do número de fogos quer do número de habitantes.

No resto cumpre o alvará de loteamento (...)" (Cfr. parecer de 26-06-1996).

6. Conhecido o teor do parecer ora transcrito foi questionado o reclamante sobre se a empresa proprietária do lote requerera à Câmara Municipal de Castro Marim a alteração ao alvará de loteamento n.º 2/86. Foi dado então conhecimento do pedido de alteração formulado e da resposta que o mesmo mereceu.

7. Nos termos do parecer técnico de 27-05-1997, que veio fundar o projecto de decisão camarária de indeferimento daquele pedido, considera-se que:

> "O requerente pede para alterar o alvará de loteamento e considerar esta diminuição de fogos como uma alteração de pormenor, de acordo com o n.º 4 do art. 36º do DL 448/91, alterado pelo DL 334/95.
>
> Este ponto n.º 4 afirma que desde que não se alterem as especificações previstas na alínea e) do n.º 1 do art. 29º, então a alteração é de pormenor e não necessita de autorização de 2/3 dos condóminos.
>
> Ora a alínea e) do art. 29º especifica (...) o número de fogos , razão porque esta alteração não deverá ser considerada de pormenor, (...), mesmo neste caso em que é proposta uma diminuição do número de fogos".

8. No exercício do direito de audiência prévia dos interessados em face de um projecto de decisão desfavorável, a empresa requerente invocou, por um lado, o facto de não se tratar da diminuição de fogos, mas da diminuição do número de unidades de alojamento designadas apartamentos nos termos do Decreto Regulamentar n.º 8/89, de 21 de Março e, por outro lado, o facto de a letra da lei não permitir a interpretação conferida, referindo-se ao disposto no art. 36º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro.

9. Não obstante as objecções levantadas, a Câmara Municipal de Castro Marim, em reunião de 3 de Junho de 1997, deliberou "*proferir a intenção de indeferimento*" do pedido de aprovação da alteração considerada de pormenor.

10. No decurso da instrução do processo aberto na Provedoria de Justiça, foi ouvida a Câmara Municipal, que veio, através do ofício n.º 4769, de 29-08-1997, informar que, tendo sido consultada a Comissão de Coordenação da Região do Algarve para que se pronunciasse sobre um caso semelhante, se aguardava o resultado da reunião de juristas agendada para o dia 24 de Setembro de 1997, "a fim de emitir uma decisão mais correcta".

11. De acordo com o que se apurou, a questão formulada no "caso semelhante" consistiria em saber se uma determinada alteração a um alvará de loteamento configurava, ou não, uma alteração de pormenor. Mais se constatou que o interessado

nessa alteração era também o Exmo. Arqtº J.. (autor do projecto).

12. A questão colocada resumia-se no seguinte:

A. Pretendia-se a construção de uma moradia isolada num lote para o qual se previa a construção de dois fogos geminados com o edifício do lote contíguo e, naturalmente, a prévia alteração do alvará de loteamento (n.º 3/87);

B. Mais se invocava tratar-se de uma alteração de pormenor, e como tal, não carecedora do consentimento de dois terços dos proprietários dos lotes e construções da urbanização em causa.

C. Considerando-se que a exigência da autorização de dois terços dos proprietários dos lotes, dos edifícios e das suas fracções autónomas, nos termos do art. 36º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 448/91, tem por finalidade a protecção dos interesses de terceiros adquirentes, a diminuição dos índices urbanísticos previstos no alvará de loteamento (como o COS, o CAS, ou a densidade populacional), na medida em que não se mostram afectados esses interesses, a alteração não carece do consentimento dos terceiros adquirentes, sendo uma mera alteração de pormenor (cfr. Informação do Exmo. Director Regional da Administração Autárquica n.º 347 de 29-07-1997).

13. A situação descrita foi ponderada na citada reunião de juristas de 24-09-1997, tendo "feito vencimento o parecer de que a alteração dos parâmetros previstos no alvará de loteamento não constitui alteração de pormenor se exceder os 3% referidos no n.º 4, do art. 36º do D.L. n.º 448/91, de 29.11, independentemente de tal alteração se verificar para mais ou para menos em relação aos inicialmente fixados" (cfr. Ofício da CCRA n.º 3710, de 2-10-1997, dirigido ao Exmo. Presidente da Câmara Municipal de Castro Marim).

14. Este parecer foi analisado na reunião da Câmara Municipal de Castro Marim de 21 de Outubro de 1997, da qual foi dado conhecimento à instrução do processo através do ofício n.º 5882, de 30-10-1997.

15. Nessa reunião foi deliberado, em definitivo, indeferir o requerimento com base no parecer técnico de 16-10-1997, de que se transcreve:

"O caso que iniciou este esclarecimento consistia na diminuição do n.º de apartamentos do hotel do lote E2 da Urbanização da Rota do Sol, que passou de 51 para 49 unidades de alojamento.

Neste caso não houve qualquer alteração da área de implantação ou da área de construção, porquanto não se aplica o n.º 5 do art. 36º do Decreto-Lei n.º 334/95 de 28/12, (que prevê a alteração de pormenor para as modificações

que se traduzem numa variação das áreas de implantação e de construção inferiores a 3%, sem que isso implique aumento do n.º de fogos).

Assim e por exclusão de partes, se não é uma alteração de pormenor é uma alteração às especificações do alvará de loteamento que necessita de autorização de 2/3 dos proprietários dos lotes abrangidos pelo respectivo alvará de loteamento".

16. Quanto a este último aspecto, o senhor reclamante faz notar que "a recolha de 2/3 de assinaturas é praticamente impossível (375 fogos previstos-51 fogos do presente lote=324; 324x2/3=216), usando como se sabe a maioria dos seus proprietários as suas habitações apenas em tempo de férias".

B
De Direito

17. Do que ficou descrito, resulta que a decisão da Câmara Municipal de Castro Marim relativamente à pretensão dos interessados baseou-se numa interpretação do disposto no art. 36º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, supostamente avalizada pelos juristas das comissões de coordenação regional em parecer elaborado a propósito de uma situação semelhante.

18. O que está em causa é a escolha do procedimento a adoptar para a aprovação camarária das alterações pretendidas ao alvará de loteamento n.º 2/86, atenta a projectada redução dos unidades de alojamento do Hotel Apartamentos a construir no lote E2 da Urbanização da Rota do Sol.

19. A escolha do procedimento de alterações não pode ser dissociada da natureza e extensão das alterações a introduzir. Assim, restará saber se, na situação que me foi exposta, se trata de meras alterações de pormenor ou se, ao invés, estamos perante alterações que carecem de um procedimento semelhante ao do licenciamento do loteamento, com o devido consentimento de, pelo menos, dois terços dos proprietários.

20. Vista a posição a esse respeito assumida pela Câmara Municipal de Castro Marim, permito-me subscrever posição diversa, isto é, defender que no caso em análise deparamos com meras alterações de pormenor ao alvará de loteamento emitido.

21. Antes de explicitar o que ficou agora enunciado, devo, em primeiro lugar, manifestar a minha concordância quanto à necessidade de se proceder à alteração do

alvará de loteamento antes do licenciamento das obras de construção pretendidas, sob pena de invalidade deste licenciamento.

22. Com efeito, são nulos os actos administrativos que decidam pedidos de licenciamento de obras de construção violando o disposto em alvará de loteamento em vigor, conforme prescreve o art. 52º, n.º 2, alínea b), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro. No presente caso, a variação do número de apartamentos a construir deve ser considerada em sede de alteração ao alvará de loteamento em vigor, o que é feito mediante um procedimento próprio e nunca através da emissão de uma licença de construção que pretendesse revogar ou derrogar as regras fixadas para aquele loteamento.

23. Entre essas regras, inclui-se a previsão do número de fogos, uma das especificações do alvará de loteamento, vinculativa quer para a câmara municipal, quer para o loteador e para os adquirentes dos lotes (art. 29º, n.º 1, alínea e), e n.º 3, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro).

24. Assim sendo, cumpre proceder à alteração ao alvará de loteamento, seguindo o procedimento adequado, atento o disposto no art. 36º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro (já que se trata de alteração a requerimento do interessado).

25. A este propósito deverá recordar-se o regime legalmente estabelecido para as alterações ao alvará de loteamento:

A. As especificações do alvará de loteamento (previstas no n.º 1 do art. 29º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro) podem ser alteradas a requerimento do interessado (art. 36º, n.º 1, do mesmo diploma legal);

B. A alteração das especificidades do alvará segue um procedimento semelhante ao procedimento de licenciamento das operações de loteamento e das obras de urbanização, designadamente em matéria de pareceres, autorizações e aprovações legalmente exigíveis, aproveitando-se, todavia, os documentos apresentados pelo requerente que se mantenham válidos e adequados (art. 36º, n.º 2);

C. As alterações, devidamente licenciadas, constarão de um aditamento ao alvará inicial (art. 36º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, com a redacção dada pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto);

D. O procedimento de licenciamento das alterações é agravado pela exigência de autorização escrita de dois terços dos proprietários dos lotes, dos edifícios neles construídos ou das suas fracções autónomas caso se pretenda alterar o número de lotes e respectivas áreas, localização,

finalidade, área de implantação, área de construção, número de pisos e número de fogos de cada um dos lotes (art. 36º, n.º 3);

E. Não será necessário o licenciamento, como se pôde observar, bastando uma autorização por simples deliberação fundamentada da câmara municipal, sem mais formalidades, se se pretender fixar diferente prazo para a conclusão das obras de urbanização ou estabelecer um novo montante da caução prestada ou um novo título dessa caução (art. 36º, n.º 4);

F. Do mesmo passo, basta a simples autorização camarária (em deliberação fundamentada), com dispensa de quaisquer outras formalidades, se se tratar de alterações de pormenor (cfr. idem);

G. Consideram-se alterações de pormenor as que se traduzem na variação das áreas de implantação e construção até 3%, desde que não implique aumento do número de fogos e alteração dos parâmetros urbanísticos fixados nos planos municipais de ordenamento do território (art. 36º, n.º 5).

26. Como se viu, o indeferimento da pretensão da empresa requerente baseou-se na não subsunção do caso vertente ao disposto no art. 36º, n.ºs 4 e 5, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, por se considerar que, não tendo havido variação das áreas de implantação e de construção, mas apenas diminuição do número de fogos, não seria de aplicar o n.º 5 do art. 36º. Logo, "*por exclusão de partes, se não é uma alteração de pormenor é uma alteração às especificações do alvará de loteamento que necessita de autorização de 2/3 dos proprietários*".

27. Já se tinha alcançado idêntica conclusão, embora por referência a outros fundamentos, quais sejam a de uma determinada leitura do disposto no art. 36º, n.º 4 - "este ponto n.º 4 afirma que desde que não se alterem as especificações previstas na alínea e) do n.º 1 do art. 29º, então a alteração é de pormenor e não necessita de autorização de 2/3 dos condóminos" - , daí se concluíndo que qualquer alteração às especificações do art. 29º, n.º 1, alínea e) não pode ser considerada de pormenor, "mesmo neste caso em que é proposta uma diminuição do número de fogos" (cfr. parecer dos Serviços Técnicos de Obras de 27-05-1997).

28. Cumpre agora verificar se a asserção acima enunciada é a mais correcta em sede de interpretação da norma contida no n.º 5 do art. 36º, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, para efeitos de aplicação do disposto no n.º 4, do mesmo artigo.

29. Permito-me afastar, desde já, a leitura feita do art. 36º, n.º 4, do diploma

legal sempre citado pelo município. Com efeito, a disposição invocada não diz que todas as alterações às especificações previstas no art. 29º, n.º 1, com excepção das consignadas na sua alínea e), são alterações de pormenor. Bastaria a compaginação do que ficou dito com o disposto no número imediatamente seguinte do mesmo artigo para se concluir de modo diverso.

30. Recorde-se a sua formulação legal:

"Consideram-se alterações de pormenor apenas as que se traduzem na variação das áreas de implantação e de construção até 3%, desde que não implique aumento do número de fogos e alteração dos parâmetros urbanísticos fixados nos planos municipais de ordenamento do território".

31. Da interpretação deste preceito legal - cuja aplicação a uma situação em concreto determinará a adopção de um procedimento simplificado de aprovação das alterações pretendidas, nos termos do art. 36º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 448/91 - resulta que três das especificações enunciadas no art. 29º, n.º 1, alínea e), do diploma podem sofrer variações que, pela sua diminuta extensão e pelo seu sentido, se consideram alterações de pormenor.

32. Refiro-me à especificação da área de construção, da área de implantação e do número de fogos.

33. Tratando-se de alterar as áreas de construção e de implantação nos lotes, verifica-se que é admitida a variação, para mais ou para menos, até 3%, desde que não implique o aumento do número de fogos (art. 36º, n.º 5).

34. Parece-me legítimo concluir que a alteração das áreas de construção ou de implantação pode implicar, ou não, a variação do número de fogos. Contudo, apenas serão consideradas de pormenor as alterações que comportem a manutenção ou a diminuição do número de fogos.

35. Do mesmo passo, ainda encontra integração na norma descrita a diminuição do número de fogos, quer acarrete, ou não, a variação das áreas de implantação ou de construção.

Será considerada alteração de pormenor a diminuição do número de fogos, sempre que não se alterem as áreas de implantação ou de construção ou, caso tal aconteça, sempre que a variação destas se limite à percentagem de 3% fixada na lei.

36. Logo, não é toda e qualquer variação (para menos) do número de fogos que pode ser incluída nas designadas alterações de pormenor. Se a diminuição do número de fogos num edifício a construir num lote for de tal forma significativa que se traduza numa redução superior a 3% das áreas de implantação ou de construção, deparamos com uma alteração ao alvará de loteamento cujo licenciamento não se afasta do

procedimento regra (semelhante ao licenciamento inicial das operações de loteamento).

37. Enquanto o procedimento de alteração a um alvará de loteamento não se afasta do procedimento de licenciamento das operações de loteamento e das obras de urbanização, o procedimento de aprovação das alterações de pormenor consiste, para além do requerimento formulado pelos interessados (fase da iniciativa), na deliberação camarária fundamentada (fase decisória), sem mais formalidades (fase instrutória).

38. Poderá aqui questionar-se se quando no art. 36º, n.º 4, se excepcionam do disposto no n.º 2 as alterações ao prazo das obras de urbanização e ao montante da caução, bem como as alterações de pormenor (área de implantação, área de construção, número de fogos), a falta de referência ao disposto no n.º 3 (autorização dos demais proprietários) inculca a obrigatoriedade de cumprimento desta regra.

39. Esta questão apenas se faz quanto às alterações de pormenor, pois coincidindo estas com as alterações a algumas das especificações elencadas na alínea e), do n.º 1, do art. 29º do mesmo decreto-lei, sempre seria de averiguar da necessidade de cumprimento da mencionada regra da autorização de dois terços dos proprietários interessados nos termos do disposto no art. 36º, n.º 3 (não expressamente excepcionado).

40. A resposta está no preceito legal analisado. Com efeito, o procedimento fixado no art. 36º, n.º 4, dispensa quaisquer outras formalidades (para além da deliberação camarária), o que afasta a aplicação do disposto no n.º 3 caso as alterações previstas sejam de pormenor.

41. A "ratio" das disposições agora citadas também não permite diferente entendimento. Atente-se que o disposto no n.º 3 do art. 36º, enquanto afloramento dos princípios da confiança legítima e da boa fé, procura "acautelar os interesses e direitos de terceiros de boa fé, maxime daqueles que adquiriram fracções autónomas nos edifícios construídos em lotes resultantes das operações de loteamento que o alvará titula, certamente levando em conta as soluções urbanísticas consagradas no alvará" (ALMEIDA, António Duarte et. al., Legislação Fundamental do Direito do Urbanismo, Anotada e Comentada, vol. II, Lisboa, 1994, p. 638).

42. Nesta linha de entendimento não repugnou ao legislador dispensar a observância desta formalidade nos procedimentos de aprovação das alterações de pormenor, as quais, conforme resulta da sua configuração legal, se mostram insusceptíveis de lesar, ou sequer, ameaçar, os direitos e interesses legítimos dos

terceiros de boa fé.

43. Para mais, a excepcionalidade do regime das alterações de pormenor, associada à tipificação legal destas, não admite a analogia para a integração de eventuais lacunas, como decorre das regras gerais de interpretação e aplicação da lei (art. 11º do Código Civil).

44. A esta luz, poderá considerar-se o que foi invocado, não tanto ao nível da fundamentação do acto reclamado, mas ao nível da sua motivação, a propósito do aguardado parecer dos juristas reunidos na Comissão de Coordenação da Região do Algarve.

45. Adverte-se que o sentido deste parecer não deveria ter influenciado a decisão camarária em análise, para o efeito de ser tomado como um precedente.

46. Isto porque a situação ali ponderada não se inclui no elenco das alterações de pormenor do art. 36º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro. Com efeito, pretendia-se a construção de uma moradia unifamiliar num lote em que estava prevista a construção de um edifício de dois fogos, geminado com o edifício do lote vizinho. Para além da redução do número de fogos (de dois para um), o projecto alterado implicava ainda uma significativa redução das áreas de construção e de implantação, ultrapassando-se a margem de variação de 3% fixada na lei.

47. Logo, o paralelismo com a situação reclamada consiste, tão só, na intenção de redução do número de fogos e na identidade do autor do projecto de arquitectura.

48. Como atrás se defendeu, nem toda e qualquer alteração ("*rectius":* redução) do número de fogos é enquadrável nas designadas alterações de pormenor. Daí que as conclusões retiradas da análise da situação levada à reunião de juristas - a meu ver, correctas - não possam servir a presente análise, menos ainda "tornar definitiva" a intenção de indeferimento da pretensão apresentada na Câmara Municipal de Castro Marim quanto à alteração pretendida.

49. Por último, e voltando aos fundamentos do acto de indeferimento, não posso deixar de notar que a interpretação feita da norma contida no art. 36º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, fortemente restritiva, não se afigura correcta, mesmo tratando-se de norma excepcional. A este respeito, ensina KARL LARENZ que há uma "excepção segundo a matéria quando a lei derrogou em relação a determinados casos, as mais das vezes estritamente delimitados, uma regra que procura conseguir validade no sentido mais amplo possível, porque a sua realização pareceu ao legislador, inclusivamente nesses casos, pouco prática ou oportuna e, devido a isso, acreditou poder aqui renunciar a ela. Tem de evitar-se aqui que, mediante uma interpretação excessivamente lata das disposições excepcionais, ou

mediante a sua aplicação analógica, o propósito de regulação do legislador se transmude afinal no seu contrário. Mas isso não significa que a disposição excepcional haja de interpretar-se "tão estritamente quanto possível"" (cfr. Metodologia da Ciência do Direito, 2ª ed., 1989, p. 428).

50. Para retirar da norma o sentido, parte-se sempre letra da lei, mas, como é sabido, a interpretação não se cinge à formulação linguística daquela (apenas se exige um mínimo de correspondência verbal), como resulta do art. 9º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil.

51. No presente caso, procura-se o sentido da norma contida no art. 36º, n.º 5, do referido Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, a partir do seu texto. E neste se vê a referência feita a três das especificações do alvará de loteamento, cuja alteração, desde que enquadrada nas balizas estabelecidas, pode ser considerada como alteração de pormenor.

52. Não se retira que quando se reduza o número de fogos, se devam também alterar as áreas de implantação ou de construção.

53. Pareceria absurdo incluir uma alteração que consistisse na variação das áreas citadas com redução do número de fogos, excluindo a mera redução do número de fogos sem variação sequer dos outros requisitos.

54. Também aqui se obedece a uma regra de interpretação contida no Código Civil (art. 9º, n.º 3), que ilumina a escolha interpretativa "por uma pretensão de máxima racionalidade", nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO (O Direito. Introdução e Teoria Geral, 9ª edição, Coimbra, 1995, p. 404), pois assente na presunção que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

55. Esta conclusão nem carece de recondução a uma das formas de interpretação enunciativa, isto é, aquela que fazendo apelo a argumentos lógicos, "deduz de uma norma um preceito que nela está apenas virtualmente contido" (MACHADO, J. Baptista, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 6ª reimpressão, Coimbra, 1993, pp. 186-187), e recorrendo-se, neste caso, ao argumento "*a maiori ad minus*": a lei que permite o mais também permite o menos.

56. Isto porque a interpretação enunciativa vai para além da interpretação em sentido técnico, pois extrai as regras não das fontes mas de outras regras (lógicas), o que transcende o nosso objectivo: "desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, (...) fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja" (LARENZ, Karl, ob. cit., p. 377).

57. E esse objectivo é alcançado com a qualificação do caso vertente como mera alteração de pormenor.

58. Esta asserção não é irrelevante, pois a mesma determina a adopção de um procedimento menos gravoso para o administrado, com dispensa das regras do procedimento de licenciamento das operações de loteamento e da imposição da necessidade de autorização de dois terços dos demais proprietários interessados.

59. Devo assim concluir que, no acto reclamado, ao erro sobre os pressupostos de direito (interpretação da norma legal) acresce o vício de desvio de procedimento (escolha do procedimento de alterações do alvará de loteamento), pelo que o acto de indeferimento da pretensão da requerente é ilegal.

60. Nesta sede deverá ponderar-se a violação do princípio da proporcionalidade (sobretudo nas suas vertentes de adequação e necessidade), constitucional (art. 266º, n.º 2, CRP) e legalmente consagrado (art. 5º, n.º 2, Código do Procedimento Administrativo). Aliás, o regime procedimental de licenciamento estabelecido no Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro mostra-se imbuído dos valores carreados por este princípio, como resulta desta passagem do seu preâmbulo:

> "Dificilmente se entenderia que tal processo administrativo funcionasse como entrave ao salutar desenvolvimento da iniciativa privada ou comportasse níveis de intervenção, por parte da administração central ou local, desproporcionados face aos interesses que importa garantir e desajustados da óptica descentralizada que se pretende imprimir à prática administrativa".

61. E isto mesmo que se entenda que "no desenrolar do próprio procedimento administrativo, os princípios da adequação e proporcionalidade das decisões não têm, na prática, um relevo jurídico facilmente autonomizável, pois a desproporcionalidade dos meios e instrumentos procedimentais usados revelar-se-á normalmente através dos erros que se cometerem na decisão final" (OLIVEIRA, M. Esteves de, et. al. Código do Procedimento Administrativo, 2ª edição, Coimbra, 1997, anotação ao art. 5º, p. 105).

62. Ora no caso em análise, a inadequação do procedimento exigido repercute-se na decisão final (desfavorável), pelo que se deve considerar relevante - mesmo que se perfilhe o entendimento restritivo dos Autores acima citados - a inoperacionalidade do princípio da proporcionalidade da actividade administrativa.

63. Tanto assim é que, tomando-se por certo, nos termos do art. 36º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 448/91, que o pedido de alteração deve ser "desde logo acompanhado de autorização escrita de dois terços dos interessados, sob pena de, assim não sucedendo, a câmara municipal estar vinculada a indeferi-lo" (ALMEIDA, António

Duarte, et. al., ob. cit., p. 638), a imposição desta formalidade procedimental (insisto: não exigível na situação que me foi exposta) sempre teria relevância em sede de decisão final.

64. Por último, e sendo esta decisão inválida, pode - e deve - ser revogada com fundamento na sua ilegalidade dentro do último prazo previsto na lei para o recurso contencioso (art. 141º, do Código de Procedimento Administrativo), o qual se encontra actualmente a decorrer.

Conclusões

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1, CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são conferidos pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do provedor de justiça), no seu art. 20º, n.º 1, alínea a), e, como tal,

Recomendo

1º. A revogação do acto administrativo que indeferiu a pretensão da empresa Removar, Construções,Lda., decidindo desfavoravelmente o seu pedido de alteração de pormenor do alvará de loteamento, com fundamento na invalidade daquele acto por desrespeito do disposto no art. 36º, n.ºs 4 e 5, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro que aprovou o regime jurídico do licenciamento das operações de loteamento urbano e obras de urbanização, e do disposto no art. 5º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, que aprovou o Código do Procedimento Administrativo, ao abrigo do art. 141º, do mesmo Código;

2º. A notificação à interessada do(s) acto(s) que venha(m) a ser emitido(s) na sequência da presente Recomendação;

3º. A reapreciação da pretensão da interessada, em sede de futuro procedimento de alteração do alvará de loteamento em vigor, ao abrigo do regime estatuído no Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/92, de 31 de Agosto, pelo Decreto-Lei n.º 302/94, de 19 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro e pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto, para as alterações de pormenor.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Mirandela

R-2260/96
Rec. n.º 13/A/98
1998.03.16

I

Exposição de motivos

1. Requerida a intervenção deste Órgão do Estado a propósito de um procedimento de licenciamento de reconstrução de umas escadas em que a Câmara Municipal exigiu ao reclamante a apresentação de uma informação da Junta de Freguesia para que o procedimento de licenciamento pudesse prosseguir os seus termos, desencadeou a Provedoria de Justiça a instrução do processo pedindo esclarecimentos à Câmara Municipal de Mirandela.

2. Terminada a instrução do processo concluiu-se que:

a) Em 20 de Abril de 1995, A... requereu à Câmara Municipal de Mirandela autorização para a reconstrução de umas escadas de uma casa sua sita na Freguesia de Abreiro.

b) Em 11 de Maio de 1995, o Presidente da Câmara respondeu ao requerente informando-o de que deveria "instruir o processo com uma informação da Junta de Freguesia de Abreiro e planta topográfica do local da obra para posterior apreciação".

c) Face à dificuldade em obter a referida informação da Junta de Freguesia, A... dirigiu-se à Provedoria de Justiça.

d) Tendo este Órgão do Estado questionado o Presidente da Câmara Municipal de Mirandela sobre o fundamento legal da exigência da referida informação da Junta de Freguesia, foi a Provedoria de Justiça informada de que se tratava de uma "folha tipo a preencher pela respectiva Junta, aprovada pela Associação de Municípios da Terra Quente, em uso pelos Municípios correspondentes".

Mais afirmava o Presidente da Câmara que tal informação era útil "pelo facto da Junta de Freguesia tomar à partida conhecimento das obras a existirem na Freguesia, prestando informações prévias de interesse para a sua apreciação".

3. A referida informação da Junta de Freguesia, tal como exigida pela Câmara

Municipal de Mirandela, constitui um ónus a cargo do requerente que condiciona, ainda que formalmente, a apreciação prévia do pedido de licenciamento.

Caso as Juntas de Freguesia se recusem ou se abstenham de fornecer a informação solicitada fica o requerente do licenciamento sem possibilidades de ver o seu pedido de licenciamento apreciado pela Câmara Municipal e de, assim, obter uma decisão do orgão competente.

4. No actual quadro legislativo de licenciamento de obras particulares, só os Municípios possuem competências em matéria de licenciamento de obras particulares de edificios para habitação, não possuindo as Freguesias qualquer competência nesta matéria.

Com efeito, apesar de a recente publicação da Lei n.º 23/97, de 2 de Julho ter vindo ampliar as atribuições das Freguesias e as competências dos seus órgãos, nomeadamente, em matéria de "ordenamento rural e urbano" (art.2º, alínea i), os seus poderes nesta matéria restringem-se à "aprovação dos projectos de loteamento urbano respeitantes a terrenos integrados no seu domínio patrimonial" (art.4º, n.º2, alínea c), à participação e colaboração com os municípios no procedimento de elaboração dos planos municipais de ordenamento do território, (art.4º, alíneas d) e e), bem como a "pronunciar-se sobre projectos de construção e de ocupação da via pública, sempre que tal lhe for requerido pelos órgãos do município" (art.4º, n.º2, alínea g).

5. Nos termos do disposto no art. 3º, do Decreto-Lei n.º 129/91, de 2 de Abril, "não podem ser exigidos formulários, formalidades ou pagamentos que não sejam expressamente mencionados em lei ou regulamento". Nada permite excluir a aplicação desta regra ao regime do licenciamento municipal de obras particulares.

6. Ora, a exigência da informação da Junta de Freguesia para instrução dos procedimentos de licenciamento de obras particulares não se encontra prevista em qualquer lei ou regulamento pelo que se apresenta como absolutamente ilegal.

7. Nada impede que as Câmaras Municipais, se entenderem conveniente para uma correcta apreciação dos pedidos de licenciamento, solicitem directamente às Juntas de Freguesia as informações de que necessitem, mas a lei proíbe que as Câmaras Municipais condicionem a apreciação dos pedidos de licenciamento à apresentação de qualquer informação das Juntas de Freguesia por parte dos requerentes do licenciamento.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, n.º 1, al. a), do Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a) Que a Câmara Municipal de Mirandela, e V.Exa., se abstenham de exigir aos requerentes nos procedimentos de licenciamento de obras particulares a instrução do processo com uma informação da Junta de Freguesia.

b) Que a Câmara Municipal prossiga a apreciação dos pedidos de licenciamento onde a exigência de informação da Junta de Freguesia já tenha sido formulada, informando-se os requerentes de que a referida exigência se considera sem efeito.

Recordo, por fim, a V. Exa. o dever contido no art. 38º, n.º 2, do referido Estatuto do provedor de justiça, para o qual me permito pedir a melhor atenção.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

Proc. P-11/92
13/B/98
1998.12.18

Senhor Presidente da Assembleia da República,

Excelência,

Foi elaborado neste Órgão do Estado um estudo sobre as áreas urbanas de génese ilegal, a partir da análise dos regimes jurídicos contidos no Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro e na Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, e da sua aplicação.

As questões suscitadas a propósito da reconversão e legalização dos loteamentos clandestinos, as quais me foram presentes através das várias queixas apresentadas na Provedoria de Justiça sobre o assunto, revelam a extensão e gravidade dos problemas que afectam não apenas os particulares interessados no processo de reconversão, mas também as entidades públicas competentes, sobretudo municipais.

No âmbito da instrução dos processos abertos na Provedoria de Justiça, foram ouvidas as Câmaras Municipais das autarquias que mais frequentemente deparam com o problema da existência de loteamentos clandestinos, coincidindo aquelas com os municípios sitos na área envolvente do município de Lisboa.

A análise dos problemas em causa e a ponderação das soluções que possam contribuir para a sua resolução constituem o objecto do presente estudo. De entre as conclusões alcançadas, releva, em especial, a necessidade de introdução de modificações legislativas, alterando-se a Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, por forma a dotar o quadro legal aplicável de maior eficácia e justiça.

No capítulo VI do estudo incluem-se as Recomendações legislativas que entendi formular, no exercício dos poderes que me são constitucional e legalmente conferidos, as quais dirijo à Assembleia da República.

Na certeza de que a Assembleia da República não deixará de considerar a necessidade de aperfeiçoamento do actual regime legal de reconversão das áreas urbanas de génese ilegal, subscrevo-me, solicitando a Vossa Excelência, nos termos do disposto no art. 38º, n.ºs 2 e 3, do Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que me comunique a apreciação feita por esse Órgão de Soberania das presentes Recomendações.

Em anexo: Estudo sobre a reconversão das áreas urbanas de génese ilegal.

Áreas Urbanas de Génese Ilegal
Avaliação dos Regimes Legais e da Sua Aplicação

ÍNDICE: I. Introdução.; II. Os problemas; III. Regime jurídico do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro; 1. Introdução; 2. Âmbito de aplicação (uma análise sistemática); 2.1. o art. 1º do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro; 2.2. os Decretos-Lei n.ºs 275/76, de 13 de Abril e 289/73, de 6 de Junho; 2.3. o Decreto-Lei n.º 278/71, de 23 de Junho; 3. Regime Legal; 4. O Procedimento de Legalização; 5. O Projecto; 6. Associação da Administração com os proprietários; 7. Impossibilidade ou inviabilidade de legalização; IV. Regime jurídico da Lei n.º. 91/95, de 2 de Setembro; 1. Introdução; 2. Âmbito de Aplicação; 3. Delimitação das AUGI; 4. Modalidades do processo de reconversão; 4.1 Pedido de loteamento; 4.2 Plano de pormenor de reconversão; 5. Regime da Administração da AUGI; 5.1 Os órgãos da Administração Conjunta; 5.2 As competências; 6. Competências das entidades públicas versus deveres dos interessados; 6.1 Na Reconversão por iniciativa dos particulares; 6.2 Na Reconversão por iniciativa municipal; 6.2.1 Com o Apoio da Administração Conjunta; 6.2.2 Sem o Apoio da Administração Conjunta; 6.3Dever de reconversão; 7. Do Regime de Excepção; 8. Divisão de Coisa Comum e Registo; 9. Legalização de Construções; V. Das conclusões alcançadas

I. Introdução

Foram apresentadas ao provedor de justiça várias queixas relativas aos procedimentos em curso de reconversão urbanística e legalização de áreas de construção clandestina, associadas, na generalidade dos casos, a operações de loteamento (ou divisão de terrenos) não precedidas da necessária licença municipal.

Os problemas descritos incidem, fundamentalmente, sobre dois aspectos, quais sejam o da direcção das operações de reconversão e legalização destas áreas e o da execução e financiamento das obras de urbanização em falta.

Os aspectos focados prendem-se com a aplicação dos sucessivos regimes legais, constantes dos Decretos-Lei n.ºs 804/76, de 6 de Novembro e 90/77, de 9 de Março e da Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, a qual atribui às situações em análise a designação de "áreas urbanas de génese ilegal (AUGI)", quer contestando-se a bondade das soluções legais preconizadas, quer, sobretudo, reclamando-se a sua aplicação pela Administração Pública. Isto porque se verifica que em muitos dos processos de reconversão, a iniciativa e direcção das operações e loteamento e das obras de urbanização foi deixada aos particulares, organizados em comissões ou associações, cujo funcionamento tem merecido contestação, sobretudo por parte dos não associados ou não representados nas mesmas.

II. Os problemas

As queixas apresentadas nesta matéria deram origem a vários processos abertos na Provedoria de Justiça, mostrando-se útil ao estudo em análise o conhecimento de algumas situações de facto, elucidativas da real dimensão do problema das áreas urbanas de génese ilegal. Isto quer pela reiteração dos motivos das citadas queixas, quer pela extensão e gravidade das mesmas.

Não se deve perder de vista que se trata de um fenómeno associado ao crescimento dos grandes centros urbanos, em especial Lisboa, como se poderá denotar da descrição sumária das queixas que, em seguida, se enuncia.

Dessa descrição também se retira que a complexidade e a morosidade da resolução dos problemas suscitados estão, sem dúvida, associadas aos elevados custos da reconversão, nomeadamente no que concerne à execução das obras de urbanização e à necessidade de adequação das construções e usos conferidos aos terrenos às regras urbanísticas e de ordenamento do território, bem como às exigências ambientais.

Atente-se, pois, na diversidade das questões suscitadas, reflectindo diferentes pontos de vista, consoante o papel desmpenhado no processo de reconversão pelos reclamantes.

A
Concelho de Almada

Processo R-612/97

Foi apresentada uma queixa colectiva dando conta de problemas surgidos na reconversão da área urbana de génese ilegal designada Quintinhas-Pinheirinho, na Charneca da Caparica, especialmente no que se refere à actuação da Associação de Proprietários Moradores das Quintinhas-Pinheirinho, na sequência de um protocolo celebrado em 23.03.93, com a Câmara Municipal de Almada, nos termos do qual a realização das obras de urbanização fica a cargo da Associação, assim como o cálculo e cobrança das quantias correspondentes à comparticipação nas despesas, comprometendo-se o município a não licenciar as obras de construção senão

mediante a apresentação de documento comprovativo do pagamento pelo requerente daquelas despesas, emitido pela Associação.

Alegam os reclamantes que os termos do citado protocolo não acautelam os interesses dos comproprietários, sobretudo dos não associados, que não se sentem representados junto da Câmara Municipal de Almada pela referida Associação, invocando o direito de não se associarem.

No que respeita às despesas de reconversão, os reclamantes pretendem que seja a Câmara Municipal a proceder ao seu cálculo e cobrança, porquanto consideram excessivas as quantias exigidas pela Associação de Proprietários Moradores e ilegítima a cobrança de juros de mora que é realizada por esta Associação, os quais atingem 2% ao mês.

A estas questões acrescem a alegada falta de clareza quanto às contas da Associação e ao procedimento seguido, para mais não tendo sido adoptada qualquer das modalidades previstas na Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, bem como a demora na realização das obras de urbanização previstas.

A Câmara Municipal de Almada informou que, à semelhança do que acontece noutras áreas de construção clandestina existentes no concelho, a reconversão urbanística das Quintinhas-Pinheirinho tem sido conduzida pela Associação dos Proprietários, considerando que o principal obstáculo à reconversão consiste na recusa ou demora do pagamento das comparticipações nas despesas àquela inerentes. Mais entende a Câmara que não lhe compete fiscalizar o funcionamento das associações dos particulares.

Posteriormente, a Comissão de Coordenação da Região de Lisboa e Vale do Tejo informou que a Câmara Municipal de Almada havia delimitado as Quintinhas-Pinheirinho como área urbana de génese ilegal, encontrando-se constituída a associação de proprietários e comproprietários, à qual cabe a administração conjunta da área, nos termos da Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro. Por seu turno, a própria Associação de Proprietários Moradores das Quintinhas-Pinheirinho facultou uma cópia dos seus estatutos, bem como da acta da assembleia constitutiva da administração conjunta, na qual foi igualmente deliberado ratificar as deliberações da antiga Assembleia de Proprietários (entre as quais se inclui o citado acordo com a autarquia, com vista à realização das obras de urbanização).

Processo R-4466/97

Neste processo é a associação dos comproprietários que tem vindo a promover a reconversão urbanística da Quinta da Queimada-Nascente, situada nos concelhos de Almada e do Seixal, que apresenta queixa, alegando falta de participação das autarquias nas despesas com a realização das obras de infra-estruturas.

Os Serviços Municipalizados de Água e Saneamento do Município de Almada esclareceram já que se encontram em fase de conclusão as obras de construção do emissário pluvial, cujos custos são exclusivamente suportados por esses Serviços e pela Câmara Municipal do Seixal.

B

Concelho do Barreiro

Processo R-1373/96

Foi apresentada uma queixa colectiva por parte dos moradores do bairro da Quinta dos Catarinos e Vale do Trabuco, freguesia de Santo António da Charneca, dando conta da demora na realização das obras de urbanização em falta (arruamentos e redes de esgotos), por parte da autarquia. Entendem os moradores que quer as obras quer as respectivas despesas devem ser assumidas pela Câmara Municipal do Barreiro. Neste caso, e conforme as informações prestadas pela Câmara Municiipal, o procedimento de reconversão foi iniciado no âmbito da vigência do Decreto--Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro, tendo sido aprovado e publicado o Regulamento Municipal para Execução de Infraestruturas de Loteamentos Urbanos Realizados ao Abrigo de Planos de Reconversão (aprovado em 1991), no qual se definem os critérios de comparticipação, sendo da responsabilidade da Câmara a execução das obras de urbanização mas o respectivo custo suportado pelos proprietários dos lotes.

Processo R-1586/97

Este processo foi aberto com base numa queixa apresentada por um dos comproprietários da Quinta dos Catarinos e Vale do Trabuco e refere-se à exigência, pela Câmara Municipal do Barreiro, do pagamento de uma quantia destinada às obras de infraestruturação daquela área de construção ilegal. Embora a queixa seja apresentada em termos concretos e individualizados, as questões suscitadas são idênticas às colocadas no âmbito do citado Processo R-1373/96.

Processo R-3945/97

A queixa apresentada respeita à reconversão dos bairros da Quinta das Gateiras, Quinta dos Castanheiros e Quinta J. Onofre, merecendo contestação a quantia cobrada pela Câmara Municipal do Barreiro a título de compensação de infraestruturas, nos termos do citado Regulamento Municipal para Execução de Infraestruturas de Loteamentos Urbanos Realizados ao Abrigo de Planos de Reconversão, bem como a legitimidade da Associação de Moradores para adjudicação das obras de infraestruturas realizadas. A Câmara Municipal do Barreiro esclareceu que as áreas de construção clandestina foram definidas no Plano Director Municipal como unidades operativas de planeamento e gestão e, posteriormente, delimitadas como áreas urbanas de génese ilegal, tendo sido adoptado o processo de reconversão de iniciativa municipal com apoio da administração conjunta, previsto na Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro. Mais informou que as obras de urbanização do supra referido bairro estão concluídas, com excepção da pavimentação dos passeios, devendo o seu custo ser suportado pelos interessados, como é o caso da reclamante, de acordo com os critérios regulamentares, podendo o pagamento ser feito em prestações.

C
Concelho de Loures

Processo R-1962/96

A queixa em análise foi subscrita pela Associação dos Moradores do Bairro do Mato do Antão e por vários comproprietários deste bairro, tendo por objecto a recusa, por parte da Câmara Municipal de Loures, de legalização do loteamento e construções existentes no local, reivindicando o direito à habitação (e à auto-construção). A Câmara Municipal informou que a legalização não é possível, porquanto a zona é classificada no Plano Director municipal de Loures como espaços não urbanizáveis (solos florestais e silvo-pastoris), pelo que as construções estão sujeitas a demolição, conforme já havia informado os interessados. Questionada a Câmara sobre a possibilidade de realojamento ou de atribuição de lotes e empréstimos ou subsídios para construção, foi esclarecido que apenas procedem ao realojamento das famílias residentes em barracas ao abrigo do Plano Especial de Realojamento, vocacionado para esse efeito.

Processo R-297/97

A reclamação põe em causa a condução do processo de reconversão da área urbana de génese ilegal de Vale Grande, freguesia da Pontinha, pela Associação de Melhoramentos Sócio-culturais do Vale Grande, sobretudo no que concerne ao cálculo e à cobrança das comparticipações nas obras de infra-estruturas e cobrança de juros de mora. Funda-se a queixa na ilegitimidade da Associação para exigir aqueles pagamentos e na falta de informação e controlo sobre as contas. A Câmara Municipal de Loures informou que o processo de reconversão foi iniciado em Agosto de 1986, por iniciativa particular (na vigência do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro, considerando a autarquia que o cálculo e cobrança das verbas em causa são da responsabilidade exclusiva da Associação de Proprietários.

Processo R-4707/97

No âmbito deste processo, queixa-se um dos comproprietários do bairro do Casal dos Apréstimos, freguesia da Ramada, da recusa, por parte da Associação Cultural e Desportiva do Casal dos Apréstimos (hoje Administração Conjunta do Bairro Casal dos Apréstimos), de emissão de declaração indispensável à obtenção, junto dos serviços municipalizados de Loures e da LTE, respectivamente, do fornecimento de água e electricidade. A referida Associação, por seu turno, informou a Provedoria de Justiça que a edificação do reclamante não respeita o projecto de recuperação urbanística apresentado na Câmara Municipal de Loures e o regulamento aprovado para as edificações.

Processo R-1152/98

A queixa refere-se à reconversão da área urbana de génese ilegal do Bairro do Olival Queimado, em S. Julião do Tojal, no âmbito da qual foi exigido a um dos comproprietários a cedência de uma parcela de terreno para alargamento da via pública, com inerente destruição dos muros de vedação existentes. É pretensão do reclamante que o alargamento da via não seja feito apenas à custa dos lotes situados num dos seus lados, incidindo, assim, a questão sobre a repartição dos encargos inerentes à execução das obras de urbanização.

A Câmara Municipal de Loures informou que se trata de uma reconversão sujeita ao regime da Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, na modalidade de iniciativa dos particulares, remetendo as opções em matéria de obras de urbanização e de repartição

dos respectivos encargos para os órgãos próprios da administração conjunta.

Processo R-1469/98

Foi suscitada neste processo questão idêntica à do processo R-1152/98 (cfr. supra).

D
Concelho do Seixal

Processo R-1816/95

Neste processo, queixa-se o proprietário de um prédio rústico de 5000 m2, sito na Quinta das Laranjeiras, agricolamente aproveitado, em virtude do projecto do Plano de Pormenor da Quinta das Laranjeiras (entretanto publicado) prever a construção de uma escola no seu terreno. Considera o reclamante injusto o facto de ser sujeito às obrigações (de reconversão) que impendem sobre os que lotearam ou construíram ilegalmente na Quinta das Laranjeiras, o que ele não fez, nem pretende fazer. A Câmara Municipal do Seixal deu conta de algumas propostas de permuta do terreno em causa, as quais não foram aceites, sendo ponderada a possibilidade de alteração da localização do empreendimento escolar projectado.

Processo R-5468/96

Neste processo está em causa a reconversão do bairro do Pinhal do Conde da Cunha, em Foros de Amora, sobretudo no que concerne ao cálculo e cobrança das despesas de reconversão pela Associação para o Desenvolvimento do Pinhal do Conde da Cunha. Assim, a queixa refere-se à não comunicação atempada das importâncias devidas pelo interessado, as quais são cobradas posteriormente, acrescidas de juros moratórios elevados, bem como da falta de justificação e de quitação relativamente às quantias pagas.

Processo R-570/97

A queixa foi apresentada por uma associação de proprietários da freguesia de

Fernão Ferro, a partir de situações verificadas nos procedimentos de reconversão das áreas de construção clandestina do Pinhal do General, do Pinhal do Conde da Cunha, de Redondos, da Quinta das Laranjeiras e dos Foros de Catrapona.

Reclamam os interessados uma maior intervenção da Câmara Municipal do Seixal, nos termos previstos na legislação aplicável, na medida em que os processos de legalização e reconversão pendentes têm sido conduzidos por entidades privadas, sobretudo associações de particulares, nas quais não se vêem representados.

Alegadamente estas associações elaboram os projectos de reconversão a submeter à aprovação camarária, executam as obras de infra-estruturas e cobram taxas, compensações, cedências e comparticipações, assim como elevados juros de mora.

Consideram os reclamantes excessivas a percentagem de área de terreno cuja cedência é exigida, baseando-se o seu cálculo em escalões fixados arbitrariamente, ao que acresce o facto de as áreas cedidas nem sempre serem utilizadas para o fim a que se destinavam.

Invocam os reclamantes que a Câmara Municipal exige, como condição da legalização dos lotes e das construções, a apresentação de documento comprovativo do pagamento das contribuições às associações, entre as quais o pagamento de uma sobretaxa de 20% cuja finalidade é desconhecida, sem que seja fiscalizado a afectação dessas receitas às despesas de urbanização.

Mais refere a queixa que não existe controlo sobre as contas das associações que têm promovido a reconversão das áreas clandestinas, desconhecendo-se, por vezes, a que se destinam as quantias cobradas, como acontece em casos em que servem as mesmas para aquisição de terrenos situados fora da área clandestina para instalação de equipamentos ou espaços de uso colectivo.

Ainda é dito que a forma como têm sido executadas as obras de infra-estruturas levanta dúvidas quanto à titularidade do direito de propriedade e de utilização das mesmas.

Processo R-4080/97

A queixa tem por objecto a reconversão do bairro clandestino de Redondos, na freguesia de Fernão Ferro. O reclamante insurge-se contra a exigência do pagamento de comparticipações nas despesas de urbanização e de juros de mora, considerando que assegura o pagamento de contribuição autárquica.

E

Concelho de Sintra

Processo R-1275/96

A queixa tem por objecto a exigência, pela Câmara Municipal de Sintra, do pagamento de despesas de urbanização, relativamente a um "lote" situado na área crítica de recuperação e reconversão urbanística designada por Casal de Cambra, freguesia de Belas, com base no denominado Plano Geral de Urbanização de Casal de Cambra, aprovado pela Câmara Municipal de Sintra, em 1994, mas não ratificado pelo Governo.

Processo R-2888/96

Trata-se da reconversão urbanística da referida área crítica de recuperação e reconversão urbanística designada por Casal de Cambra. A queixa reporta-se à exigência feita pela Câmara Municipal de Sintra da cedência de uma parcela de terreno para construção de um arruamento, implicando a demolição de um muro. A Câmara Municipal esclareceu que a cedência foi exigida nos termos previstos do designado Plano Geral de Urbanização de Casal de Cambra e na sequência de uma alteração do traçado do arruamento confinante com o lote, determinada pela execução da passagem superior n.º 3 à CREL (PS3).

Processo R-4943/96

A queixa é apresentada pela associação que vem promovendo a reconversão da área de construção clandestina do Vale dos Cavaquinhos ou dos Castanheiros. Pretende a reclamante que a Câmara Municipal de Sintra exerça os seus poderes legais, nomeadamente de expropriação, relativamente aos comproprietários que não procederam ao pagamento da sua quota parte nas despesas de urbanização, porquanto as obras foram iniciadas, mas encontram-se actualmente suspensas e a deteriorar-se, existindo já uma elevada dívida para com o empreiteiro, podendo vir a frustrar-se as expectativas dos comproprietários que procederam ao pagamento das suas comparticipações.

A Câmara Municipal de Sintra entende que se trata de uma relação entre privados, à qual é alheia, pois já comparticipou em 30% do valor das obras de urbanização.

F

Concelho de Vila Franca de Xira

Processo R-2761/97

Foi apresentada uma queixa subscrita pela proprietária de um prédio rústico, sito em Forte da Casa, objecto de uma operação de loteamento ilegal, dando conta da morosidade do procedimento tendente à emissão de alvará de loteamento. A Câmara Municipal de Vila Franca de Xira informou que o loteamento clandestino data dos anos 80, tendo sido aprovado e publicado plano de pormenor. Uma vez que o mesmo apenas foi parcialmente ratificado, não abrange todos os lotes da reclamante, tendo a Câmara Municipal encetado contactos com o Instituto da Água, a Direcção Regional do Ambiente de Lisboa e Vale do Tejo e a Direcção Regional do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano com vista a que sejam retiradas as condicionantes que obstam à ratificação integral do plano.

III

Regime jurídico do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro

1. Introdução

A primeira definição legal do regime de enquadramento da construção clandestina em larga escala, fenómeno associado, as mais das vezes, a operações de loteamento realizadas à revelia do devido licenciamento municipal, encontra-se no Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 90/77, de 9 de Março.

Estes dois diplomas, procurando disciplinar a situação criada por essas actividades clandestinas, desenvolvidas sobretudo nas regiões envolventes dos grandes centros urbanos, pautaram-se por "uma certa contemporização com as situações criadas, na medida em que se considere viável, técnica e economicamente, a reconversão das áreas, no que se refere aos edifícios e às infra-estruturas indispensáveis, e a ocupação das mesmas não se mostre contrária ao adequado ordenamento do território" (cfr. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 804/76).

Certo é que pragmaticamente se reconheceram as enormes dificuldades associadas à demolição de todos os edifícios construídos clandestinamente (investimentos realizados, desalojamento de famílias, etc.).

As soluções preconizadas, não obstante a inclusão da demolição no seu elenco, passam, assim, primacialmente pela possibilidade de legalização das operações de loteamento e das obras de construção efectuadas e pela reconversão urbanística da zona, ditada esta, sobretudo, pela necessidade de infraestruturação das áreas em causa.

Com efeito, nos termos art. 1º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro, as áreas de construção clandestina poderão ser objecto, consoante as circunstâncias, de medidas tendentes à sua legalização, à sua manutenção temporária ou à imediata ou próxima demolição, devendo procurar-se o apoio dos interessados na primeira das hipóteses apontadas.

O legislador revela ainda que a disciplina das situações visadas contará com a devida colaboração entre a Administração Local e a Adnministração Central e, naturalmente, com a participação das populações.

As últimas preocupações expressadas no preâmbulo do diploma centram-se no papel e responsabilidades dos loteadores clandestinos, que poderão ter de pagar indemnizações pelos prejuízos causados, não recebendo, por seu turno, qualquer indemnização pelas expropriações que hajam de ser feitas no caso de, através de negócios jurídicos (inválidos), terem procedido à cedência dos terrenos e recebido importâncias dos pretensos adquirentes dos mesmos.

2. Âmbito de aplicação (uma análise sistemática)

2.1 O art. 1º do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro

A disciplina fixada visa as designadas áreas de construção clandestina, ou seja, "aquelas em que se verifique acentuada percentagem de construções efectuadas sem licença legalmente exigida, incluindo as realizadas em terrenos loteados sem a competente licença" (art. 1º, n.º 1).

Como já se viu, poderá optar-se pela legalização das áreas de construção clandestina, pela sua manutenção temporária ou pela sua demolição (imediata ou próxima), sendo que as diversas medidas poderão ser adoptadas "conjuntamente" dentro de uma mesma área, se esta apresentar zonas diferenciadas, reclamando soluções igualmente diferenciadas.

Na definição do âmbito de aplicação da lei, não se poderá perder de vista que é excluída a opção de legalização quanto às áreas que tenham sido objecto de loteamentos clandestinos ou de cedência para construção em fraude à exigência legal de licença de loteamento depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 275/76, de 13 de Abril (art. 17º).

2.2 Os Decretos-Lei n.ºs 275/76, de 13 de Abril e 289/73, de 6 de Junho

Deve recordar-se que o Decreto-Lei n.º 275/76, de 13 de Abril teve por escopo a repressão das actividades tendentes à divisão de terrenos em lotes e à construção sem o prévio licenciamento camarário, procurando prevenir e combater o desenvolvimento da construção clandestina.

Nesta linha, o diploma agora citado veio estabelecer um regime punitivo (prisão e multas) para as seguintes actividades:

a) a divisão de um terreno em lotes destinados à construção sem prévia licença ou caso esta se mostrar caducada ou suspensa;
b) a realização de trabalhos tendentes a esta divisão em lotes, nomeadamente obras de urbanização;
c) a autorização concedida a terceiros, por qualquer título, mesmo que juridicamente inválido, para construir no terreno, em fraude à exigência legal de loteamento.

Deverá notar-se que já o Decreto-Lei n.º 289/73, de 3 de Junho (regime de licenciamento das operações de loteamento e de obras de urbanização) previa a responsabilidade criminal dos que prosseguiam as actividades enunciadas nas alíneas a) e c), do parágrafo anterior, vindo agora o Decreto-Lei n.º 275/76 adoptar regime semelhante para os actos praticados após a sua entrada em vigor, até porque, como se lê no seu preâmbulo " o Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, já prevê sanções penais, que se podem considerar de certa gravidade, para os actos de loteamento

clandestino.

Mas tais sanções não têm tido actuação prática, designadamente por falta de participação generalizada às autoridades competentes para a instauração de procedimento criminal".

Do regime fixado no Decreto-Lei n.º 275/76 há ainda que realçar os poderes cometidos à Administração Local logo que se iniciem quaiquer trabalhos ou obras tendentes ao loteamento ilegal. Verificada essa ocorrência, podem os órgãos autárquicos competentes para o licenciamento dos loteamentos, tomar posse administrativa dos prédios, a qual terá por efeitos a imediata suspensão dos trabalhos e actividades visadas e a proibição de quaisquer trabalhos e actividades que não respeitem à exploração normal do prédio. Mais é conferido o poder de demolição das obras de urbanização realizadas sem licença ou em desconformidade com esta ou com prescrições legais e regulamentares.

Por seu turno, à Administração Central é conferido o poder de embargar os trabalhos e actividades tendentes ao loteamento clandestino, no caso de o município não tomar posse administrativa do prédio, bem como o poder de demolir as obras de urbanização ilegalmente realizadas.

Prevê-se ainda que a decisão judicial que condene o proprietário, comproprietário ou usufrutuário pela prática das actividades em causa decreta, do mesmo passo, a perda a favor do município do prédio ou prédios objecto da infracção.

Esta breve incursão no regimes sancionatórios fixados nos Decretos-Lei n.ºs 289/73 e 275/76, especialmente no que a este último se refere, apenas pretende dilucidar o que ficou dito quanto ao âmbito de aplicação das diversas medidas previstas no Decreto-Lei n.º 804/76. Assim, se o prévio licenciamento das operações de loteamento e das obras de urbanização era obrigatório nos termos do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, a realização destas actividades à margem do regime legalmente fixado passa a ser estritamente reprimida depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 275/76, de 13 de Abril.

Pelo exposto, compreende-se melhor que a escolha da data que determina

(doravante) a impossibilidade de legalização dos loteamentos clandestinos coincida com a data da entrada em vigor de um regime legal que não apenas sanciona os autores dessas actividades, como prevê a posse administrativa das áreas onde as mesmas actividades sejam levadas a cabo, associada ao exercício de poderes de intervenção nessas áreas conferidos à Administração Local e Central.

De qualquer forma, a possibilidade de legalização das áreas de loteamentos e construção clandestinas nunca seria prevista para situações futuras, à semelhança do que acontece com o disposto no art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, que prevê a legalização de obras de construção sem restringir o âmbito da aplicação do regime às situações pretéritas, pois aquele fenómeno atinge proporções e acarreta inconvenientes do ponto de vista ambiental e do ordenamento do território não comparáveis aos associados à feitura de obras de construção isoladas à revelia ou em desconformidade com a licença municipal.

2.3 O Decreto-Lei n.º 278/71, de 23 de Junho

Merece, a este propósito, referência o regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 278/71, de 23 de Junho, não obstante ter sido operada a sua revogação por força do disposto no art. 18º do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro.

Este diploma vem sufragar o que ficou dito quanto à diversidade das situações de construção clandestina, consoante se trate de uma infracção pontual ou de um fenómeno de larga escala, ao qual a lei associa os bairros clandestinos.

Se se reconhece que a demolição dos edifícios clandestinos pode ser evitada se as autoridades competentes reconhecerem que esses imóveis são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, segurança e salubridade (o que corresponde, grosso modo, ao que vem enunciado no citado art. 167º, do RGEU), optando-se pela legalização da obra, não podem deixar de se ponderar os custos que tal procedimento acarreta quando aplicado a áreas de construção clandestina. Daí que se considera que nos casos em que se admite a legalização de vários edifícios, "esta tolerância com as construções clandestinas, pode obrigar o Estado ou os municípios a subsequentes investimentos de vulto em infra-estruturas, dado que os bairros clandestinos carecem de arruamentos pavimentados, de redes de esgoto e de abastecimento de água e energia eléctrica (...). Uma vez

legalizados, as autarquias locais são forçadas a custear essas obras. Mas não é razoável que os infractores venham depois a aproveitar da valorização imediata que daí resulta para os prédios (...). Isso equivaleria a premiar o desrespeito da lei".

Estas preocupações estão na base da solução encontrada: a sujeição das edificações em causa a expropriação por utilidade pública, se for julgado necessário para a resolução do problema da habitação, mediante o pagamento de uma indemnização a cujo valor serão deduzidas as despesas com as obras de infra-estruturas.

3. Regime Legal

Dita a lei que verificada uma zona de construção clandestina será a mesma delimitada por decreto, o que se obtém pela conjugação do art. 5º do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro (com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 90/77, de 9 de Março) com o art. 41º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 794/76, de 5 de Novembro (Lei dos Solos). Com efeito, o citado art. 5º do Decreto-Lei n.º 804/76 remete para o disposto no Cap. XI da Lei dos Solos, que tem por epígrafe "áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística", prevendo o seu art. 41º, n.º 2, que as mesmas sejam delimitadas por decreto.

Atenda-se, porém, ao que vem disposto no art. 10º, n.º 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 77/84, de 8 de Março (que aprova o regime de delimitação e coordenação das actuações da Administração Central e Local em matéria de investimentos públicos). Prevêem os citados preceitos que a delimitação das áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística seja aprovada pela Câmara Municipal ou pela Assembleia Municipal, consoante haja ou não plano de ordenamentodo território em vigor.

A aplicação do referido capítulo do Decreto-Lei n.º 794/76 far-se-á com as necessárias adaptações, devendo notar-se que existem pontos de contacto entre as áreas de construção clandestina e as áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística.

Estas áreas são definidas como aquelas em que a falta ou insuficiência de infra-

estruturas urbanísticas, de equipamento social, de áreas livres e espaços verdes, ou as deficiências dos edifícios existentes, no que se refere a condições de solidez, segurança ou salubridade, atinja uma gravidade tal que só a intervenção da Administração, através de providências expeditas, permita obviar, eficazmente, aos inconvenientes e perigos inerentes às mencionadas situações.

Sendo certo que as situações descritas não se reconduzem necessariamente a situações clandestinas, não menos certo parece poder concluir-se que os problemas suscitados pelas áreas de construção clandestina centram-se, em grande parte, na carência de infra-estruturas adequadas e de condições de habitabilidade dos imóveis, o que, se seguido o devido procedimento de licenciamento, não ocorreria. Do mesmo passo, em determinadas circunstâncias e ponderada a sua razoabilidade e eficácia, a resolução daqueles problemas também passa por operações de beneficiação e reconversão urbanísticas.

Assim, e de acordo com o regime fixado no citado capítulo XI da Lei dos Solos, a delimitação das áreas de construção clandestina tem por efeitos directos e imediatos: i) a declaração de utilidade pública da expropriação urgente dos imóveis de que a Administração careça para execução de trabalhos a realizar e ii) a faculdade de a Administração tomar posse administrativa dos imóveis ali situados para proceder à sua ocupação temporária, à sua demolição ou à realização de obras de reparação ou beneficiação, se urgentes (art. 41º).

Atente-se, porém, no regime fixado no Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro, o qual, como já vimos, define o destino que pode ser dado a uma área de construção clandestina, de entre as seguintes alternativas: ou se procede à sua legalização, ou se opta pela manutenção temporária ou se adoptam medidas tendentes à sua imediata ou próxima demolição (art. 1º, n.º 2).

A escolha de cada uma das alternativas possíveis depende, no entanto, da verificação dos requisitos fixados na lei.

A legalização apenas será possível se for aceitável, na perspectiva do ordenamento do território, a ocupação da área para fins habitacionais, devendo ainda ponderar-se a viabilidade técnica e económica das obras de infraestruturas urbanísticas e da instalação de equipamentos sociais que se mostram indispensáveis,

bem como considerar-se que as construções existentes são aceitáveis no que respeita à sua solidez, segurança e salubridade ou são susceptíveis de assim se tornarem mediante a realização de obras economicamente justificáveis (art. 2º, n.º 1).

Se os requisitos agora enunciados são de verificação cumulativa, tal só pode significar que a falta de um deles impede a legalização da área de construção clandestina, determinando, do mesmo passo, a necessidade de se optar pela manutenção temporária ou pela demolição das edificações clandestinas, não obstante a infeliz formulação dos artigos 3º e 4º, do Decreto-Lei n.º 804/76, mesmo na redacção que veio a ser introduzida pelo Decreto-Lei n.º 90/77, de 9 de Março.

Com efeito, os requisitos definidos para a opção de manutenção temporária ou de demolição não coincidem integralmente com a falta de verificação de alguns dos requisitos de legalização.

Afastada a possibilidade de legalização da área de construção clandestina, a Administração Pública pode decidir manter temporariamente as edificações existentes se não se mostrar necessária a ocupação da área para a realização de qualquer empreendimento público, desde que a manutenção das construções e da sua ocupação não acarrete perigos, para os ocupantes ou terceiros.

Por último, a demolição surge como a solução a adoptar nas situações de inviabilidade de manutenção das áreas clandestinas, ditadas quer pela necessidade de ocupação do terreno para localização de um empreendimento público projectado, quer pela falta de segurança oferecida pelas edificações existentes.

Quanto à norma constante do art. 4º, não será de mais notar que se exige um esforço acrescido ao intérprete aplicador, já que o preceito remete tão só para a verificação das circunstâncias referidas no art. 3º, n.º 1, alíneas b) e c), pese embora a formulação negativa das mesmas.

4. O Procedimento de Legalização

Verificada preliminarmente, e de acordo com os requisitos acima enunciados, a existência de uma área clandestina legalizável, como tal delimitada, a Administração Pública elabora um projecto de reconversão ou urbanização, nos termos do art. 6º do Decreto-Lei n.º 804/76, de 5 de Novembro.

A formulação do preceito agora citado indica claramente que a elaboração do projecto em causa consubstancia um dever, não sendo, para mais, estabelecida qualquer opção ou alternativa.

5. O Projecto

O projecto de urbanização ou reconversão prevê as infra-estruturas e o equipamento social a instalar ou a melhorar e as despesas a tal associadas; o reordenamento dos lotes (redistribuições, correcções ou reduções), contemplando-se as áreas a ceder para a instalação daquelas infra-estruturas e equipamentos e as comparticipações a assumir quer pelos proprietários ou possuidores dos terrenos e construções para as infra-estruturas e equipamentos, quer pelos loteadores clandestinos para a eliminação dos prejuízos causados pela sua actuação. Poderá ainda ainda conter normas sobre as obras de beneficiação que se mostrem indispensáveis à legalização das edificações existentes.

Sobre cada um destes aspectos do projecto, a lei vem estabelecer as directrizes a ter em conta na sua elaboração.

Desde logo, o reordenamento dos lotes é proporcional às áreas de cada um desses lotes, sem se perder de vista, contudo, a preocupação de salvaguarda das construções existentes e de manutenção da capacidade edificatória dos lotes mais diminutos.

As despesas previstas para fazer face à instalação e melhoramento das infra-estruturas projectadas, bem como à construção de equipamentos colectivos, deverão ser comparticipadas pelos proprietários ou possuidores das parcelas a constituir em lotes, quando e na medida em que tal comparticipação seja considerada socialmente justa e possível. Esta ponderação e quantificação dos montantes devidos por cada um, feita pela Administração, constitui elemento integrante do projecto.

Facultativamente o projecto pode contemplar facilidades a conceder a todos os interessados ou apenas àqueles cujos rendimentos do agregado familiar sejam mais reduzidos.

Estas facilidades incluem a possibilidade de pagamento faseado (em prestações) das referidas comparticipações e das despesas com obras de beneficiação que a Administração tenha assumido. Quanto a estas obras de beneficiação, poderá prever-se a concessão de empréstimos, mediante prestação de garantia adequada.

Por último, note-se que o projecto pode estabelecer que os terrenos da área passem a pertencer à Administração em propriedade, passando os possuidores dos lotes ou construções a titulares do direito de superfície. Este regime é, porém, obrigatório quando as áreas de construção clandestina constituam novos aglomerados urbanos ou expansão de aglomerados urbanos com mais de 25.000 habitantes (art. 8º).

6. Associação da Administração com os proprietários

A Administração, concluído o projecto, procurará obter o acordo dos proprietários e possuidores dos terrenos e construções, no que respeita à execução do referido projecto, nomeadamente quanto ao que o mesmo prevê em matéria de reordenamento dos lotes e comparticipações devidas (cfr. art. 9º do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro).

A execução do projecto de urbanização ou reconversão depende da obtenção do acordo de "parte significativa" dos interessados, como resulta da leitura do art. 10º do diploma legal sempre citado. Na falta de outros elementos que possam integrar o preenchimento daquele conceito indeterminado, podemos recorrer ao disposto no art. 23º, n.º 2, alínea a), da Lei dos Solos, integrado no seu capítulo V ("Associação da Administração com os Proprietários"), para o qual remete o referido art. 10º. Com efeito, na Lei dos Solos, a associação da Administração com os proprietários baseia-se na concordância manifestada pelos proprietários ou outros interessados detentores de uma área igual ou superior a dois terços da área total dos prédios.

Não sendo obtido acordo de parte significativa dos interessados, a execução do projecto de legalização mostra-se inviabilizada, pelo que se pode concluir que à Administração restará optar por uma das soluções facultadas pela lei, no seu art. 11º (manutenção temporária da área; expropriação de toda ou parte da área, com

demolição das construções que se não possam manter; demolição de todas as construções).

Obtido acordo quanto ao projecto, eventualmente com as alterações sugeridas pelos interessados e aceites pela Administração, deverá proceder-se à constituição de uma associação da Administração com os proprietários e possuidores que tenham dado o seu acordo, regendo-se esta associação pelo disposto no capítulo V da Lei dos Solos (e no Decreto n.º 15/77, de 18 de Fevereiro, que o veio regulamentar).

Quanto aos proprietários e possuidores que não prestem o seu acordo ao projecto (e estando excluídos da referida Associação), prevê-se no art. 10º, n.º 1, in fine, do Decreto-Lei n.º 804/76, que os respectivos terrenos ou construções são expropriados por utilidade pública. Aliás, podemos encontrar disposição semelhante no art. 23º, n.º 3, da Lei dos Solos, que determina que os imóveis expropriados na sequência da falta de acordo dos interessados integram a participação da Administração na associação com os proprietários.

A associação é constituída mediante auto lavrado por notário ou pelo chefe de secretaria da câmara municipal, onde consta o acordo dos interessados e a assinatura de todos (art. 24º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 804/76 e art. 6º, n.º 3, do Decreto n.º 15/77, de 18 de Fevereiro) e produz efeitos, apenas, entre os seus associados, não possuindo personalidade jurídica nem representando, para com terceiros, individualidade diferente da Administração (art. 4º do Decreto n.º 15/77).

Merece regulamentação a publicitação do acto de constituição da Associação, bem como a possibilidade e consequências das reclamações dos munícipes ou da recusa de participação dos interessados, o que serve o objectivo, ilustrado no preâmbulo do Decreto Regulamentar n.º 15/77, de "facultar um amplo e eficaz controlo das populações sobre o uso da associação da Administração com os proprietários, com vista a impedir que tal processo ou instrumento seja utilizado para favorecer interesses privados ou sem vantagem para o interesse público".

A Associação tem por finalidades a realização dos trabalhos de urbanização, o loteamento e a partilha entre os associados dos lotes ou do produto da cedência dos mesmos, na proporção das respectivas participações (art. 25º, n.º 1, da Lei dos Solos).

Estas participações correspondem ao valor dos imóveis e direitos a eles inerentes dos associados particulares e, do lado da Administração Pública, ao valor dos imóveis que a mesma possuir na área (que incluem os prédios expropriados, como vimos) e ao capital que investir nas obras de infraestruturas (art. 24º, n.ºs 1 e 2).

Fixados estes valores, a propriedade dos imóveis é transferida para o património da Administração, sendo gratuito o registo e dispensado o registo prévio a favor dos associados particulares. Para o cancelamento dos ónus e encargos inscritos sobre os prédios é suficiente o título constitutivo da associação (pacto associativo, com menção do acordo dos interessados).

Esta transferência de património é justificada pelo facto de ser a Administração que procede aos trabalhos de urbanização e ao loteamento, isto é, compete-lhe a reconversão e legalização da área clandestina. A Administração passa a ser proprietária exclusiva de todos os bens, dispondo de amplos poderes de administração, sempre tendo em vista os fins da associação e o interesse comum (cfr. artigos 6º a 9º). De todo o modo, prevê-se a compensação dos encargos de gerência da Administração, por via do pagamento de uma retribuição proporcional ao preço da construção e das infra-estruturas (art. 10º).

Terminadas as obras de urbanização, a Administração procede à cedência dos direitos sobre os terrenos aos interessados (art. 13º do Decreto n.º 15/77), ou seja, aos associados particulares, quer estes tenham integrado a associação em virtude do seu direito de propriedade ou compropriedade, quer em razão da sua qualidade de possuidores dos terrenos ou das construções abrangidas pela área de construção clandestina, na medida em que sobre todos recaem os deveres de comparticipação inerentes à legalização.

Esta cedência pode ser realizada em propriedade plena ou em direito de superfície, consoante o que estiver previsto no projecto de reconversão (art. 13º). Nesta sede, o Decreto em análise remete para o disposto nos artigos 29º a 31º da Lei dos Solos.

Aqui se prevê que a cedência aos interessados é feita por acordo directo,

tratando-se de terrenos destinados a habitação própria, de acordo com os critérios gerais aprovados ministerialmente, por preços não lucrativos para a Administração, atendendo aos custos de aquisição, acrescidos dos custos dos estudos e da realização dos trabalhos de urbanização calculados em relação a toda a zona.

Cumpre advertir que as disposições contidas nos artigos 29º e 5º da Lei dos Solos sobre a possibilidade de cedência da propriedade plena, restringindo-a (na medida em que a mera cedência do direito de superfície parece ser a regra), devem ceder perante o que vier estipulado no projecto de reconversão, no qual se optou pela cedência da propriedade ou do direito de superfície (sem prejuízo da regra legal imperativa contida no art. 8º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro).

Do mesmo modo, e quanto ao preço (contrapartida) pela cedência de lotes, não se pode perder de vista que o que se pretende é fazer repercutir as despesas com o loteamento e as obras de urbanização sobre os adquirentes dos lotes, parecendo irrelevantes as despesas com a aquisição dos terrenos pela Administração, pelo menos quando os mesmos correspondam às áreas transferidas para o património da Administração nos termos do art. 6º do Decreto n.º 15/77, de 18 de Fevereiro.

Assim, o preço a pagar corresponde ao valor das comparticipações previstas no projecto de loteamento de acordo com o disposto no art. 6º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro. Essas comparticipações são calculadas tendo em atenção as despesas inerentes à instalação ou melhoria das infra-estruturas e equipamento social, incluindo as relativas à obtenção dos terrenos necessários para a sua implantação.

Findo o processo de reconversão, estes terrenos ficam a pertencer à Administração (art. 14º, n.º 2 do Decreto n.º 15/77), à semelhança do que sucede com as áreas objecto de cedência para o domínio público no âmbito do licenciamento das operações de loteamento. Compreende-se, por isso, que o custo desses terrenos seja suportado proporcionalmente por todos os associados.

Nas disposições legais e regulamentares relativas aos custos e comparticipações devidas pelos associados particulares não se encontra referência explícita quanto à inclusão nas mesmas do valor dos terrenos que constituem a participação da Administração, eventualmente adquiridos por expropriação (art. 10º,

n.º 1, do Decreto-Lei n.º 804/76). Parece que pelo menos as despesas de aquisição desses terrenos deverão ser contabilizadas e incluídas nas comparticipações sempre que os mesmos terrenos sejam afectos à instalação de infraestruturas e de equipamento colectivo.

A correspondência feita entre as despesas com as operações de reconversão e o montante total das comparticipações devidas pode, porém, não se verificar em concreto, atento que as mesmas só devem ser exigida na medida em que forem socialmente justas e possíveis (art. art. 6º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 804/76). Tal indicia que a Administração pode, na presença de situações de carência económica, que reclamem tratamento diferenciado, coadjuvar no pagamento das despesas a suportar pelos associados, o que deverá, desde logo, ser previsto no projecto de reconversão.

Preocupações congéneres poderão igualmente determinar a concessão de facilidades no pagamento das comparticipações, mediante a previsão do seu faseamento (art. 7º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 804/76).

Além das comparticipações devidas pelos proprietários ou possuidores dos terrenos e construções nas despesas com a instalação ou melhoria das infra-estruturas e equipamento social, a lei prevê, ainda, uma comparticipação a assumir pelos loteadores clandestinos nas despesas necessárias para a eliminação dos prejuízos e inconvenientes causados pelos loteamentos clandestinos (art. 6º, n.º. 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 804/76).

Note-se a este propósito que, caso não sejam satisfeitas as referidas comparticipações, recai sobre os loteadores clandestinos a obrigação de pagamento de uma indemnização à Administração, correspondente às despesas que esta tenha que suportar com a instalação e melhoria das infra-estruturas necessárias (art. 16º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 804/76). No cálculo da indemnização devida pelo loteador clandestino atende-se quer à área dos terrenos por ele loteados, quer aos lucros obtidos com esta operação, considerando-se, ainda, os valores dos terrenos com que tenha constribuído para a execução do projecto de legalização (art. 16º, n.ºs 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 804/76).

Face ao exposto e não obstante o art. 6º, n.º. 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 804/76 não se referir à medida da comparticipação dos loteadores clandestinos, será de considerar que a mesma traduzirá a aplicação dos critérios enunciados quanto ao cálculo da indemnização.

7. Impossibilidade ou inviabilidade de legalização

Como se viu anteriormente, não se mostrando possível a legalização por falta de preenchimento dos requisitos previstos no art. 2º do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro ou, ainda, não se mostrando viável a execução do projecto de legalização (v.g. falta de acordo de parte significativa dos interessados), restará à Administração optar, consoante as circunstâncias, pela manutenção temporária da área de construção clandestina, pela expropriação de parte ou da totalidade daquela área e das construções que se possam manter, com a demolição das restantes, ou pela demolição de todas as construções (cfr. art. 11º, n.º 1, do citado diploma).

Nas situações em que a Administração opte pela manutenção temporária da área, cabe-lhe, ainda, o poder de fazer cessar a ocupação da mesma, sempre que se torne desaconselhável o prolongamento da situação, determinando a demolição das construções, acompanhada ou não da expropriação dos terrenos.

Quanto às expropriações, determina o Decreto-Lei n.º 804/76 que serão tidos por interessados além dos proprietários e usufrutuários, os possuidores. A consequência mais visível desta asserção legal traduz-se no facto de as respectivas indemnizações não serem pagas àqueles titulares de direitos reais enquanto estes não provarem que não receberam qualquer importância por parte dos possuidores, ou que, tendo-a recebido, procederam já à sua restituição.

Compreendendo-se o objectivo contido na norma em análise, não se poderá deixar de criticar a fórmula encontrada pelo legislador para o prosseguir. Com efeito, a prova de facto negativo exigida aos proprietários e usufrutuários revelar-se-á, as mais das vezes, impossível. Aliás, prevenindo esta objecção, a lei remete para a via judicial a resolução das situações de complexa indagação, suspendendo-se, até à decisão final, o pagamento da indemnização.

Nas situações de insusceptibilidade de legalização, e quando estejam em causa lotes ou construções destinadas a habitação do possuidor ou do respectivo agregado familiar, a Administração poderá facultar lotes para o mesmo fim, dando preferência àqueles cujas construções forem prioritariamente demolidas e aos agregados que tenham menos recursos económicos. Quanto a estes últimos, prevê-se ainda a possibilidade de ser concedido empréstimo ou atribuído subsídio não reembolsável (artigos 14º e 15º).

Estas faculdades, a exercer no domínio de uma Administração prestadora, vêm na esteira do regime de realojamento previsto no capítulo XIII da Lei dos Solos, no qual se estabelece essa obrigação para a Administração nos casos em que haja que desalojar os moradores de casas de habitação para a realização de qualquer empreendimento ou a execução de qualquer actividade ou trabalho, se a situação sócio-económica dos referidos moradores o justificar.

Lamentavelmente, o novo regime de reconversão e legalização das áreas urbanas de génese ilegal não consagrou medidas semelhantes, em sede de protecção dos agregados de maior carência económica, cuja habitação possa ser posta em causa.

IV. Regime jurídico da Lei n.º. 91/95, de 2 de Setembro

1. Introdução

A Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, decorridos nove anos sobre a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro, veio definir uma nova disciplina jurídica com vista à resolução dos problemas gerados pela construção ilegal e pelos loteamentos clandestinos.

A citada Lei n.º 91/95 surge, assim, como forma de responder às inúmeras situações de parcelamento ilegal de prédios existentes, quer àquelas que eram susceptíveis de ter sido reconvertidas por força da aplicação do Decreto-Lei n.º 804/76, mas que este se revelou incapaz de solucionar, quer às que se constituíram no decurso da vigência daquele diploma e as quais não eram sequer susceptíveis de legalização à luz do seu regime.

A necessidade de uma nova disciplina jurídica foi ditada, assim, pelo facto de o regime previsto no Decreto-Lei n.º 804/76, não ter permitido a reconversão e resolução dos problemas emergentes dos loteamentos clandestinos a que se aplicava, designadamente os que tiveram lugar em data anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 275/76, de 13 de Abril.

O fracasso dos objectivos prosseguidos pelo Decreto-Lei n.º 804/76, como se referiu, resultou da escassa aplicação prática que este diploma mereceu, o que está,

indiscutivelmente, associado à complexidade do regime fixado mas, sobretudo, ao facto de as autarquias não terem assumido as competências que lhe foram atribuídas em ordem à reconversão das áreas de construção clandestina.

Por outro lado, a disciplina repressiva prevista no Decreto-Lei n.º 275/76, em parte retomada pelo Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, não conseguiu evitou o aparecimento de inúmeros loteamentos clandestinos, os quais conheceram, mesmo nesta fase, uma clara expansão.

Não obtante, o novo regime de reconversão não revogou o Decreto-Lei n.º 804/76 e prevê, inclusivamente, que as medidas previstas pelo citado diploma podem continuar a ser aplicadas complementarmente e sempre que se revele necessário à reconversão da AUGI.

2. Âmbito de Aplicação

O regime excepcional estabelecido pela Lei n.º 91/95 não abrange todas as situações criadas em violação da lei, mas apenas as que o legislador julgou merecedoras de tutela, no intuito, porventura, de não incentivar a criação de novas situações idênticas, em detrimento do regime do licenciamento das operações de loteamento.

Como resulta, desde logo, do art. 1º da Lei n.º 91/95, este diploma aplica-se às áreas urbanas de génese ilegal (AUGI), considerando como tais as áreas:

objecto de parcelamento físico antes mesmo de a lei prever o licenciamento das operações de loteamento, ou seja, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 46.673, de 29 de Novembro de 1965, quando predominantemente ocupadas por construção clandestina;

objecto de loteamento clandestino (prédios objecto de operações físicas de parcelamento destinadas à construção, sem prévia licença municipal), desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 46.673, de 29 de Novembro de 1965 até à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, quando classificadas como espaço urbano ou urbanizável pelo respectivo plano municipal de ordenamento do

território.

Cabe salientar a este propósito, que a Lei n.º 91/95 não tem um objecto tão amplo como o do Decreto-Lei n.º 804/76, o qual se aplicava a todas as áreas de construção clandestina, quer se tivesse verificado ou não um loteamento clandestino.

Assim, a Lei n.º 91/95, embora não se aplique apenas a situações de loteamentos clandestinos, só tem por objecto situações de construção clandestina quando estas tenham propiciado o parcelamento de um prédio ou conjunto de prédios, nos termos do n.º 3 do seu art. 1º.

Por outro lado, apenas são abrangidas pela Lei n.º 91/95 algumas situações já consolidadas pelo decurso do tempo, quais sejam, as constituídas antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/84.

Aliás, também a aplicação no tempo do regime da Lei n.º 91/95 é limitada, impondo o seu art. 57º que as AUGI disponham de título de reconversão até 31 de Dezembro de 1999, para que possam beneficiar do regime previsto. De todo o modo, o regime deste diploma não se aplica apenas aos processos de reconversão iniciados depois da sua entrada em vigor, mas também aos processos pendentes nessa data, mediante requerimento dos interessados.

3. Delimitação das AUGI

Contrariamente ao que acontecia no âmbito do Decreto-Lei n.º 804/76, em que, como vimos, a delimitação das áreas de construção clandestina era realizada por decreto do Governo, a competência para proceder à delimitação das AUGI passa a caber às câmaras municipais, nos termos do art. 1º, n.º 4, da Lei n.º 91/95, o qual impõe, do mesmo passo, que essa delimitação seja realizada no prazo de 180 dias.

Relativamente às demais áreas de loteamento ou construção ilegais insusceptíveis de reconversão urbanística, estabelece a Lei n.º 91/95 que as câmaras municipais devem elaborar, no prazo de dois anos, estudo de reafectação destas áreas ao uso previsto no plano municipal de ordenamento do território (cfr. arts. 1º, n.º. 5 e 48º).

Não obstante a delimitação das AUGI competir às câmaras municipais, os proprietários ou comproprietários e os donos das construções erigidas e participadas na matriz podem apresentar, à câmara municipal respectiva, pedido de declaração da AUGI, acompanhado por proposta de delimitação devidamente justificada, sendo certo que, na falta de deliberação, os requerentes podem pedir, no Tribunal Administrativo de Círculo territorialmente competente, a intimação judicial da respectiva câmara para proceder à delimitação da AUGI.

4. Modalidades do processo de reconversão

Às câmaras municipais compete, igualmente, determinar qual das modalidades de reconversão das AUGI, previstas no art. 4º da Lei n.º 91/95, deverá ser adoptada em concreto.

Com efeito, a lei prevê duas modalidades de reconversão, quais sejam a reconversão por iniciativa dos proprietários ou comproprietários, com a apresentação de projecto de loteamento e a reconversão da iniciativa municipal, mediante a elaboração de plano de pormenor.

4.1 Pedido de loteamento

O pedido de loteamento que seja apresentado pelos proprietários ou comproprietários rege-se pelo disposto na Lei n.º 91/95 e, subsidiariamente, pelo regime do licenciamento municipal de operações de loteamento e de obras de urbanização, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro.

Note-se que o procedimento estabelecido na Lei n.º 91/95 apresenta diferenças significativas relativamente ao do citado Decreto-Lei n.º 448/91. Tal decorre, naturalmente, do facto de a lei agora em análise estabelecer um regime excepcional para a reconversão urbanística das áreas urbanas de génese ilegal (art. 1º, n.º 1).

Desde logo, o pedido inicial abrange quer o licenciamento do loteamento, quer o licenciamento das obras de urbanização, conforme resulta do elenco dos elementos

que devem instruir o pedido, estabelecido no art. 18º da Lei n.º 91/95.

O pedido formulado pelos particulares é necessariamente instruído com o estudo de loteamento e o projecto das obras de urbanização, que serão objecto de apreciação em conjunto pela câmara municipal. Isto, sem prejuízo de a lei prever a dispensa de apresentação do projecto de obras de urbanização, nos casos em que já existam as redes de infra-estruturas e as mesmas se mostrem em condições de funcionamento (art. 18º, n.º 2).

Diversamente, no âmbito do licenciamento das operações de loteamento e obras de urbanização, sendo facultado aos particulares a possibilidade de, querendo, apresentarem os projectos em simultâneo, certo é que a apreciação camarária incidirá primeiro sobre o pedido de licenciamento de loteamento, correndo o prazo de apreciação do projecto de obras de urbanização apenas a partir da notificação da deliberação que haja merecido aquele pedido (art. 22º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro).

De entre os elementos instrutórios a apresentar, pela especificidade que apresentam relativamente ao regime dos loteamentos constante do Decreto-Lei n.º 448/91, salienta-se a planta da realidade actual da AUGI, com indicação das construções existentes e da medida em que as mesmas não cumprem o estudo apresentado ou as normas legais ou regulamentares aplicáveis.

Merece, igualmente, referência a obrigatoriedade de explicitação, na memória descritiva e justificativa, das construções a manter e das construções a demolir. Ainda em sede de instrução do pedido, releva-se a necessidade de apresentação de uma listagem dos possuidores das parcelas já constituídas.

Na sequência da recepção do pedido e no prazo de trinta dias, a câmara municipal deve apreciar liminarmente o pedido. Admitindo o mesmo, consulta as entidades que se devam pronunciar em virtude da existência de servidão administrativa ou restrição de utilidade pública, bem como as entidades gestoras das redes de infra-estruturas, nos termos dos arts. 19º e 20º da Lei n.º 91/95.

Não obstante o pedido de loteamento incluir os supra referenciados elementos sobre a realidade existente, a câmara municipal deve confirmar a mesma, assim como

verificar as circunstâncias que determinam a manutenção, alteração ou demolição das construções, mediante a realização de uma vistoria, no prazo de 180 dias a contar da apresentação daquele pedido, prorrogável por igual período - art. 22º da Lei n.º 91/95.

Realizada a vistoria, além de poder autorizar o início das obras de urbanização que tenham merecido parecer favorável das entidades consultadas (art. 24º da Lei n.º 91/95), a câmara municipal está obrigada a decidir o pedido de loteamento, no prazo de trinta dias, por força do art. 25º da Lei n.º 91/95, sob pena de deferimento tácito do pedido, conforme estabelece o art. 26º, n.º 6, do mesmo diploma.

De acordo com o art. 25º, n.º 2, do diploma em análise, a câmara municipal só pode indeferir o pedido de loteamento com fundamento em violação das disposições da Lei n.º 91/95 ou de Plano Municipal de Ordenamento do Território ou por desconformidade com a deliberação camarária que delimitou a AUGI, fixando a modalidade de reconversão.

O referido elenco dos motivos de indeferimento do pedido de loteamento mostra-se mais reduzido do que o previsto no Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, contudo não parece aceitável que o legislador tenha pretendido afastar dos parâmetros de decisão a necessária conformidade do loteamento com planos de ordenamento do território que não municipais (Planos Regionais de Ordenamento do Território, Planos Especiais de Ordenamento do Território e Planos de Salvaguarda do Património Cultural).

A deliberação da câmara municipal que deferir o pedido de loteamento, aprovando, também, as obras de urbanização, deve definir o montante dos custos destas obras e a caução de boa execução das mesmas, fixando a comparticipação de cada lote nestas despesas em função da área de construção que lhe é atribuída no projecto de loteamento (cfr. art. 26º da Lei n.º 91/95).

De acordo com o disposto no art. 28º da Lei n.º 91/95, a referida caução por boa execução das obras de urbanização pode ser prestada nos termos gerais, se assim for declarado, no prazo de oito dias a contar da deliberação de deferimento do pedido

de loteamento, pela comissão de administração. Caso contrário, a caução é prestada pela primeira hipoteca legal sobre todos os lotes que integram a AUGI.

A deliberação que aprova o loteamento identifica, também, as construções que devem ser demolidas ou alteradas, fixando um prazo não inferior a três anos para o efeito, a menos que a câmara municipal invoque, fudamentadamente, a urgência da demolição. A referida deliberação estabelece, ainda, outros condicionamentos que impedem sobre o lote ou as construções.

Quanto ao conteúdo do acto de aprovação do loteamento, a lei refere-se às soluções previstas para a realização das expectativas dos interessados (art. 26º, n.º 4, alínea c)), as quais, aliás, devem constar da memória descritiva (art. 18º, n.º 1, alínea b)).

Cumpre, a este propósito, indagar do significado e alcance da preocupação do legislador com "as soluções previstas para a realização das expectativas dos interessados".

Na falta de outro contributo que ajude à compreensão dos conceitos em causa, parece poder adiantar-se que se trata da satisfação das pretensões que possam decorrer do reordenamento dos lotes e da disciplina fixada para cada uma das parcelas, o que se poderá traduzir na redução ou correcção da área dos lotes ou da área de construção. Com maior clareza, referia-se o Decreto-Lei n.º 804/76 à redistribuição de lotes que se mostrasse indispensável para o adequado reordenamento da área e à ideia de proporcionalidade na correcção ou redução da área das parcelas constituídas relativamente à sua superfície e às expectativas edificatórias (art. 6º, n.º 1, alínea b) e 3, do citado Decreto-Lei n.º 804/76).

O deferimento do pedido de loteamento deve ser publicitado, nos termos previstos no art. 28º da Lei n.º 91/95, passando-se à fase da apresentação e decisão de reclamações que o mesmo mereça. É, então, emitido o alvará de loteamento, o qual, além das menções constantes do art. 29º do Decreto-Lei n.º 448/91, 28 de Dezembro, deverá indicar a lista de factos sujeitos a registo predial, o montante da comparticipação de cada lote nos custos das obras de urbanização e da caução supra referida, bem assim a listagem dos proprietários dos vários lotes, se tiver sido apresentado acordo de divisão de coisa comum.

O referido alvará de loteamento deve ser enviado, pela câmara municipal, à conservatória de registo predial competente, a qual procede à sua inscrição, assim como dos ónus e outros factos sujeitos a registo que dele constem (art. 30º da Lei n.º 91/95).

4.2 Plano de pormenor de reconversão

Caso a câmara municipal opte pela reconversão por iniciativa municipal, deverá elaborar plano de pormenor de reconversão, o qual se rege pelo disposto na Lei n.º 91/95 e, subsidiariamente, pelas disposições do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março, que aprova o regime da feitura dos planos municipais de ordenamento do território.

O referido plano de pormenor deve incluir todos os elementos que integram o pedido de loteamento e o alvará de loteamento, nos termos descritos.

De entre os elementos que integram o plano, merece especial referência o valor total dos encargos de urbanização, no qual se incluem as despesas realizadas com a elaboração do plano de pormenor (art. 31º, n.º 3), assim como a comparticipação correspondente a cada um dos lotes.

Saliente-se, aliás, que a câmara municipal não deverá submeter o plano de pormenor à aprovação da Assembleia Municipal, enquanto não se encontrar assegurado o pagamento de todas as referidas comparticipações nos encargos de urbanização (art. 33º).

No entanto, não é forçoso que seja a própria autarquia a assumir a execução das obras de urbanização, o que efectivamente só acontecerá se a câmara municipal optar por não ter apoio da administração conjunta, conforme resulta do art. 32º, n.º 3, da Lei n.º 91/95.

Com efeito, a câmara municipal pode adoptar a modalidade de reconversão por iniciativa municipal com apoio da administração conjunta e, nesta hipótese, é o

contrato de urbanização a celebrar entre a mesma câmara municipal e a comissão de administração que define o âmbito de intervenção de cada uma das entidades.

5. Regime da Administração da AUGI

5.1 Os órgãos da Administração Conjunta

A Lei n.º 91/95 sujeita o prédio ou prédios integrados na AUGI a administração dos proprietários e comproprietários, a designada "administração conjunta", a qual constitui uma figura sui generis, atento que não se trata de uma pessoa colectiva, não obstante se prever uma estrutura orgânica, assim como a sua inscrição no Registo Nacional de Pessoas Colectivas.

A referida administração é atribuída a dois órgãos: à assembleia dos proprietários ou comproprietários e à comissão de administração, aos quais cabem, respectivamente, as competências previstas nos artºs. 10º e 15º da Lei n.º. 91/95.

Têm assento na referida assembleia, os titulares do direito de propriedade ou compropriedade, cujo direito estiver inscrito na conservatória de registo predial competente, bem assim como, com preterição destes, os donos de construções participadas na matriz e os promitentes compradores de parcelas quando tenha havido tradição da coisa (art. 9º). Na mesma assembleia pode, ainda, participar a câmara municipal, mediante representante devidamente credenciado.

Relativamente a todas as matérias da competência da assembleia de proprietários ou comproprietários, encontram-se privados de voto os que, de entre estes, hajam celebrado negócios de venda de parcelas, de quotas indivisas e de promessa de compra e venda com autorização de ocupação (artºs. 13º, n.º 4, e 45º da Lei n.º 91/95).

Esta regra não terá ponderado, por certo, a hipótese de o loteador ilegal revestir, também, a qualidade de possuidor de parcelas ou construções existentes na área de construção clandestina. Com efeito, não se vislumbram razões para o afastar da participação nas deliberações da assembleia, a par dos demais possuidores, com o direito de voto correspondente à área que detém.

O órgão executivo - a comissão de administração - é eleito e destituído pela

assembleia de proprietários e comproprietários, especialmente convocada para o efeito, sendo certo que a destituição tem que se fundar em violação de deveres gerais ou especiais de administração, nos termos de deliberação tomada por maioria absoluta do total de votos da assembleia e ser concomitante com a eleição de nova comissão.

Neste âmbito, o legislador terá procurado assegurar que o procedimento de reconversão não fosse prejudicado ou paralisado por não existir comissão de administração eleita ou pela falta de estabilidade do seu funcionamento em razão de frequentes destituições da mesma comissão.

No entanto, atento que a lei não exige qualquer maioria qualificada para a eleição da comissão de administração, mas estabelece sérios limites à sua destituição e considerando, também, os latos poderes atribuídos a este mesmo órgão, poder-se-á questionar a prudência deste regime quanto à forma como acautela os interesses dos membros da assembleia e até se o mesmo funcionará em prol do sucesso do processo de reconversão, na medida em que este depende de larga aceitação das medidas adoptadas por esta comissão.

As funções cometidas à comissão de administração podem ser assumidas pela entidade que venha promovendo a reconversão do prédio, se assim for deliberado pela assembleia de proprietários e comproprietários (art. 55º, n.º 2, da lei n.º 91/95). Esta faculdade tem, efectivamente, sido exercida, como aconteceu no bairro das Quintinhas-Pinheirinho, no concelho de Almada e no bairro do Casal dos Apréstimos, no concelho de Loures.

Com efeito, como já se referiu, as entidades públicas envolvidas não assumiram, na generalidade dos casos, o exercício das competências que lhe eram atribuídas pelo Decreto-Lei n.º 804/76, no domínio da legalização das áreas de construção clandestina.

Em consequência, vieram a ser adoptados na prática, na vigência do citado diploma, modelos diversificados de legalização, que privilegiaram a iniciativa e gestão do processo por parte dos particulares, frequentemente assegurada por entidades privadas já constituídas, com fins sócio-culturais e recreativos, consideradas como interlocutor pela Administração, a quem esta concedia o poder de conduzir o processo de reconversão, definindo as obrigações dos proprietários e comproprietários,

associados ou não dessa associação, sem que a representatividade destes estivesse efectivamente assegurada.

Esta situação que explica os inúmeros problemas surgidos no passado e fundamenta muitas das reclamações apresentadas ao provedor de justiça, parece, agora, clarificada pelo regime previsto para a administração das áreas urbanas de génese ilegal, sem que contudo o legislador tenha deixado de fazer uma concessão face às situações pretéritas, na medida em que prevê a possibilidade de as entidades que até agora promoviam a reconversão poderem ser mandatadas pela assembleia para exercer as funções de comissão de administração.

5.2 As competências

Não obstante a designação "administração conjunta", os actos da competência dos seus órgãos da administração conjunta não se esgotam em actos de administração ordinária, nem em actos de administração "stricto sensu".

Na verdade, a assembleia de proprietários ou comproprietários aprova, por exemplo, o projecto de reconversão a apresentar à câmara municipal para efeitos do pedido de loteamento, assim como aprova o projecto de divisão da coisa comum por acordo de uso.

E é a propósito destes dois poderes que ressalta, com maior evidência, que a extensão e importância das deliberações dos órgãos da administração conjunta não são acompanhadas por um regime que permita acautelar devidamente dos direitos de todos os interessados.

As deliberações da assembleia de proprietários e comproprietários são tomadas ao abrigo do sistema de votação previsto no art. 13º da Lei n.º 91/95 e de acordo com a regra da maioria simples dos votos, exigindo-se a maioria absoluta, apenas, para as deliberações relativas ao acordo de divisão da coisa comum e aprovação das contas da responsabilidade da comissão de administração.

Daqui se infere que a deliberação de aprovação do projecto de reconversão, a submeter à apreciação camarária, na modalidade de pedido de loteamento, carece apenas da maioria simples dos votos dos membros da Assembleia de Proprietários e

Comproprietários.

Não se perca de vista, porém, o alcance e a importância desta mesma deliberação: o pedido de loteamento é instruído com as plantas da realidade actual e de síntese do loteamento pretendido, identificando-se as construções existentes que não cumprem o estudo de loteamento ou violem quaisquer normas legais ou regulamentares, assim como as construções a manter e a demolir. Do mesmo passo, são definidos os lotes e a sua ocupação e as áreas de cedências, podendo tocar parcelas possuídas por qualquer dos interessados. Desta forma, todos os referidos aspectos são definidos, apenas, pela maioria simples dos votos da assembleia dos proprietários e comproprietários, o que abre a possibilidade de ocorrerem conluios entre os votantes e de serem tomadas decisões em prejuízo dos direitos e interesses de alguns.

A partir do que fica exposto e considerando que a introdução de uma regra de unanimidade quanto a esta deliberação a tornaria, por certo, inviável, não se encontra solução satisfatória que não se baseie na adopção de uma plano de pormenor de reconversão pela entidade pública competente, resultado de uma ponderação imparcial de todos os interesses públicos e privados em presença.

Por seu turno, o regime contido na Lei n.º 91/95 quanto à divisão de coisa comum por acordo de uso, prevendo que a mesma resulte de deliberação tomada por maioria absoluta dos votos da assembleia de comproprietários, traduz uma alteração significativa ao regime de compropriedade previsto no Código Civil.

Assim, em geral, a administração da coisa comum está sujeita à regra prevista no art. 1407º do Código Civil, dependendo da maioria dos consortes, desde que representem, pelo menos, metade do valor total das quotas.

No entanto, quanto aos actos de administração extraordinária, entende a doutrina mais autorizada, que se exige o consentimento unânime dos consortes (neste sentido, Henrique Mesquita, Lições dact., n.º 8, págs. 262 e segs. e Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. III, pág. 363).

Também relativamente à divisão amigável da coisa comum resulta indispensável, à luz do regime civilístico, o acordo de todos os comproprietários.

Com efeito, esse regime assenta no princípio geral de que todos os consortes são titulares do direito de propriedade e porque o seu direito é qualitativamente igual, exercem em conjunto todos os poderes que cabem ao proprietário singular.

A divisão da coisa comum extingue o direito de compropriedade, pelo que a mesma só pode resultar de um acordo de todos, por forma a salvaguardar a disponibilidade do direito pelo seu titular ou, na falta desse acordo, de uma sentença judicial, com vista a garantir o direito de exigir a divisão.

Nesta conformidade, ao optar por atribuir à maioria dos comproprietários o direito de deliberarem sobre a divisão da coisa comum e sobre a forma de proceder a essa divisão, a Lei n.º 91/95 não terá acautelado, devidamente, os direitos de todos os que não concordem com a citada deliberação.

Em suma, e atentando no que fica dito quanto ao pedido de loteamento e ao acordo de divisão de coisa comum, ao não se exigir a unânimidade entre os proprietários ou comproprietários, facilitou-se a tomada de posição, evitando-se as inelutáveis situações de impasse a que daria lugar. No entanto, descurou-se, dessa forma, o facto de os órgãos da administração conjunta poderem ser utilizados para favorecer interesses privados.

Essas preocupações sempre acompanharam o regime legal anterior, como resulta claro das regras fixadas no Decreto-Lei n.º 804/76 e no Decreto n.º 15/77, de 18 de Fevereiro.

A verdade é que à luz do regime destes diplomas, o projecto de reconversão

era realizado pela Administração. E embora estes diplomas previssem que a legalização da área de construção clandestina fosse levada a cabo por uma associação entre os particulares e a Administração, a verdade é que as regras de funcionamento desta associação sempre procuraram acautelar os direitos de todos os interessados, nomeadamente através dos meios de intervenção atribuídos aos poderes públicos.

Nesse sentido, aquela associação não se limitava a ser constituída por iniciativa das câmaras municipais, como acontece com a administração conjunta, mas significava uma associação entre os particulares e as referidas câmaras na prossecução de um propósito comum - a reconversão da área - no qual estavam envolvidos relevantes interesses públicos e privados.

Por essa razão, a associação não constituía uma forma de organização dos proprietários ou comproprietários, mas uma associação destes com as câmaras municipais, sendo certo que se salvaguardava o acordo prévio de todos os que a integravam, relativamente a um projecto de reconversão já definido pela Administração, à qual cabia a condução e a responsabilidade pela execução das obras de urbanização.

6. Competências públicas versus deveres dos interessados

Cumpre, desde já, advertir que a análise das atribuições dos municípios nesta matéria, cuja prossecução possa ser exigida na sequência da delimitação de uma área urbana de génese ilegal, deve considerar as diferentes modalidades de reconversão.

Como se viu, são várias as modalidades de reconversão das áreas urbanas de génese ilegal, podendo o processo ser organizado como operação de loteamento da iniciativa dos proprietários ou comproprietários ou mediante plano de pormenor da iniciativa da câmara municipal, com ou sem o apoio da administração conjunta (cfr. artigos 4º e 32º, da Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro).

Não obstante, em sede de princípios gerais, os deveres de reconversão urbanística do solo e de legalização das construções constituem deveres dos proprietários e comproprietários. Compreensivamente, a lei integra no dever de reconversão os deveres de conformação dos prédios que integram a AUGI com o alvará de loteamento ou com o plano de pormenor e os deveres de comparticipação nas despesas de reconversão (incluindo estas as despesas inerentes à elaboração do plano de pormenor, se for caso disso).

6.1 Na reconversão por iniciativa dos particulares

Sendo cometido à câmara municipal o poder de determinar a modalidade de reconversão da AUGI, no caso de ser escolhida a reconversão por iniciativa dos particulares, verifica-se que recai sobre estes a responsabilidade pela generalidade das operações e medidas tidas por indispensáveis à reconversão.

Com efeito, nesta hipótese, compete aos interessados, através dos órgãos da administração conjunta, elaborar o projecto de loteamento, o qual deve definir quer a configuração dos lotes e a disciplina a que ficam sujeitos, quer o destino das construções existentes, para além das obras de urbanização a realizar e respectivos orçamentos.

Cabe-lhes, ainda, a execução das obras de urbanização, o que compreende a celebração dos contratos àquela relativos e a sua fiscalização. Para o efeito, esta

comissão elabora os mapas de comparticipação e cobra essas mesmas comparticipações. Note-se que as quantias fixadas e cobradas dizem respeito, não apenas à execução das obras de urbanização, mas também às despesas com a elaboração dos projectos, o acompanhamento técnico do processo e o funcionamento da comissão.

Como resulta da leitura da descrição dos casos apresentados na Provedoria de Justiça, a questão da realização das obras de urbanização e do seu pagamento encontra-se no cerne dos mais vivos problemas suscitados no processo de reconversão.

Assim, os proprietários, comproprietários e possuidores de terrenos e construções em áreas de génese ilegal contestam a exigência do pagamento das comparticipações nas despesas de reconversão, quer por acharem que o pagamento de contribuição autárquica é suficiente para fazer face àquelas despesas, quer porque discordam das fórmulas de cálculo e de cobrança adoptadas.

A este propósito afasta-se, desde já, a procedência das queixas dos que se procuram furtar ao cumprimento dos deveres de reconversão, alegando o pagamento de contribuição autárquica. Na verdade, tratam-se de obrigações de diferente natureza, pelo que o cumprimento das obrigações fiscais em nada contende com o cumprimento do dever de reconversão.

Por outro lado, a imposição aos interessados particulares do pagamento das despesas de reconversão resulta justificada à luz do princípio da igualdade, porquanto aquelas despesas correspondem ao cumprimento das obrigações que impendem sobre todos os particulares que procedam a uma operação de loteamento devidamente licenciada ou ao afastamento dos inconvenientes propiciados pelo não cumprimento da lei.

Aliás, os custos das obras de urbanização assumidos pelo loteador no âmbito de um loteamento legal são repercutidos no preço dos lotes colocados no mercado, o que não terá acontecido na generalidade das transações dos terrenos não infraestruturados que integram as AUGI. Se as receitas públicas servissem - como

pretendido por alguns - para fazer face às despesas de reconversão, seria injustificadamente criada uma discriminação a favor dos adquirentes dos lotes ilegais, sem prejuízo das responsabilidades que possam ser assacadas às entidades públicas competentes.

Note-se, porém, que esta pretensão, cuja bondade se afasta, não é invocada na maioria das queixas apresentadas, as quais se baseiam fundamentalmente na segunda ordem de factores - o cálculo e cobrança das comparticipações.

A aplicação do regime previsto na Lei n.º 91/95, que atribui aos órgãos da administração conjunta o dever de calcular e cobrar as comparticipações, permitirá, tão só, afastar as questões relativas à falta de legitimidade das antigas associações e comissões de proprietários, mantendo-se os problemas inerentes à direcção de vultuosos empreendimento por particulares.

Nesta matéria, registam-se várias queixas que invocam falta de transparência e arbitrariedade na gestão e cobrança das comparticipações, falta de informação por parte dos interessados relativamente às mesmas, não cumprimento do dever de quitação e a cobrança de juros de mora que atingem valores exorbitantes como 2% ao mês.

Entre as alegadas situações poderão encontrar-se algumas que indiciam matéria com relevância jurídico-criminal. Quanto a estas, porque a sua indagação não compete à Provedoria de Justiça mas ao Ministério Público, será de ponderar a remessa dos elementos facultados pelos reclamantes, para efeitos da sua investigação, se tal for reputado como justificado por aquela entidade.

É o que acontece com a invocada cobrança de juros usurários, que pode constituir crime, não apenas porque se trata de juros superiores à taxa legal, mas porque podem corresponder a uma exigência realizada em exploração de uma situação de necessidade ou de dependência do credor, para efeitos de aplicação do art. 226º do Código Penal. Esta situação é indiciada por, na generalidade das situações o pagamento dos juros ser essencial a que se mantenha a ligação das construções às infra-estruturas existentes, nomeadamente de água e electricidade, e à legalização das construções.

Nas demais situações de alegadas irregularidades no funcionamento das associações privadas ou incumprimento de deveres de carácter obrigacional, porque se tratam de relações jurídicas privadas, estranhas ao âmbito de intervenção do provedor de justiça, terão as mesmas que encontrar resolução nos termos das normas legais de carácter civilístico aplicáveis às associações civis ou às relações jurídicas entre particulares, sem prejuízo de se ponderarem soluções que, de futuro, permitam obviar ao seu aparecimento.

Não podemos deixar de salientar uma outra perspectiva relativa ao pagamento das despesas de urbanização, qual seja a das associações de proprietários que, na falta de pagamento das comparticipações por alguns dos interessados, se vêem impedidas de iniciar ou prosseguir as obras de urbanização e de cumprir os compromissos assumidos nos negócios jurídicos que hajam celebrado com esse propósito, frustrando-se, nessa hipótese, as expectativas dos que, efectivamente, procederam ao pagamento das comparticipações devidas.

No sentido de pressionar os interessados que não cumpram os seus deveres de reconversão a Lei n.º 91/95 veio prever a possibilidade de a Câmara Municipal suspender a sua ligação às redes de infra-estruturas existentes (cfr. art. 3º, n.º. 5). No entanto, como voltaremos a analisar com mais pormenor, esta faculdade não se afigura suficiente ou adequada a algumas situações, como aquelas em que não exista ainda qualquer construção no lote do interessado ou estejam em causa agregados familiares com menores recursos económicos, que não tenham possibilidade de assegurar o pagamento ou o pagamento integral das despesas de reconversão, no momento em que essas quantias são exigidas.

Como já se referiu, os vastos poderes cometidos aos órgãos da administração conjunta, nesta modalidade de reconversão, não são acompanhados por regras garantísticas, com vista à tutela das posições minoritárias. Assim, as deliberações da assembleia são validamente tomadas por maioria, mesmo quando se exige uma maioria qualificada de aprovação (prevista para os casos de aprovação do projecto de divisão de coisa comum por acordo de uso e das contas da comissão de administração).

Se é certo que a regra da unanimidade pode propiciar o veto (das minorias ou mesmo de um só) das deliberações a tomar no processo de reconversão, propiciando as situações de impasse, não se podem ignorar os interesses dos votantes dissidentes ou dos não votantes.

Por outro lado, a previsão legal da modalidade de reconversão por iniciativa dos particulares acarreta um certo apagamento da intervenção municipal, aliás na esteira do que vinha sido praticado - embora indevidamente - ainda na vigência do regime anterior (o qual, em bom rigor, não se compadecia com esta falta de intervenção dos órgãos da Administração local), não obstante os inegáveis interesses públicos em presença.

Para mais, não se pode deixar de notar as dificuldades sentidas pelos particulares na gestão e promoção de um empreendimento que pode assumir grandes proporções, atentas as vastas áreas envolvidas e o volume de obras exigido.

Pelo que fica exposto e na sequência dos problemas suscitados ao longo da presente análise, esta modalidade de reconversão, pese embora pretenda disciplinar uma prática que já vinha sendo seguida, não tem a virtualidade de resolver os problemas então suscitados, permanecendo em aberto muitas das questões que motivaram os pedidos de intervenção a este Órgão do Estado.

Assim sendo, restará concluir pela desadequação desta modalidade legal de reconversão, que isenta a Administração Pública das suas responsabilidades neste domínio, quer em atenção às atribuições cometidas em sede de ordenamento do território, de gestão urbanística e de promoção ambiental, quer considerando que a criação e desenvolvimento destas vastas áreas clandestinas não teria sido possível se tivessem sido exercidos, nos termos legais, os poderes de fiscalização e de polícia em matéria urbanística.

6.2 Na reconversão por iniciativa municipal

A opção pela modalidade de reconversão mediante plano de pormenor compete à câmara municipal, nos termos da deliberação que também delimita o perímetro da área a abranger (art. 1º, n.º 4, da Lei n.º 91/95), a qual deve ser tomada nos cento e oitenta dias seguintes à entrada em vigor da lei. Consubstancia, deste modo, uma

mera faculdade.

Se essa opção for seguida, compete à câmara municipal elaborar o plano de pormenor de reconversão, podendo escolher entre as modalidades de reconversão sem o apoio da administração conjunta e de reconversão com o apoio da administração conjunta.

Nos termos do art. 33º da Lei n.º 91/95, de 2 de Setembro, a câmara municipal - a quem compete, como vimos, a elaboração do plano de pormenor de reconversão - não pode submeter o mesmo à respectiva assembleia municipal, para aprovação, sem que esteja assegurado o pagamento da totalidade da comparticipação dos encargos da urbanização pelos interessados.

Esta opção do legislador não pode deixar de merecer os maiores reparos, atento que está em lógica contradição com as demais normas da Lei n.º 91/95 e do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março. Senão vejamos:

É o plano de pormenor de reconversão que fixa os orçamentos das obras de urbanização e outras operações previstas - art. 31º, n.º 2, alínea a), conjugado com o art. 18º, n.º 1, alínea h), da Lei n.º 91/95.

E também é aquele plano que fixa a quota de comparticipação de cada lote nos custos de execução das obras e da caução, se a ela houver lugar - art. 31º, n.º 2, alínea b), conjugado com o art. 26º, n.ºs. 2 e 3, da Lei n.º 91/95.

Na ausência de normas específicas da Lei n.º 91/95 sobre competência para elaboração, aprovação e ratificação do plano de pormenor de reconversão e sobre o seu registo e entrada em vigor, aplicam-se, subsidiariamente, as normas do Decreto-Lei n.º 69/90, nos termos do n.º 2 do art. 4º da Lei n.º 91/95.

Desta forma, o referido plano deve ser elaborado pela câmara municipal, aprovado pela assembleia municipal e ratificado pelo Ministro do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, quando não se conforme com plano director ou de urbanização ratificados (arts. 3º e 16º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 69/90).

Deve, ainda, o plano ser objecto de registo e ser publicado, só entrando em vigor na data da respectiva publicação em Diário da República (arts. 17º e 18º do citado Decreto-Lei n.º 69/90) e, portanto, só começando a produzir os seus efeitos a partir dessa data.

Ora, o disposto no citado art. 33º, da Lei n.º 91/95 determina que os proprietários e comproprietários paguem determinados montantes, a título de comparticipação em encargos de urbanização, por força e nos termos de um plano de pormenor que ainda não está a produzir os seus efeitos, nem se encontra mesmo aprovado pela entidade competente para o efeito, encontrando-se apenas proposta a sua aprovação.

Existe, pois, uma contradição flagrante na lei, ao estabelecer que é o plano de pormenor de reconversão que fixa o regime das comparticipações e, por outro lado, exigir que o pagamento das mesmas se efectue antes de o plano ser sequer aprovado.

Acresce que não é de excluir a hipótese de o plano de pormenor elaborado pela câmara municipal, vir a ter a sua aprovação, registo ou ratificação recusada pelas entidades competentes, o que deixará sem utilidade os pagamentos já efectuados

As questões agora suscitadas colocam-se sempre que se siga a modalidade de reconversão por iniciativa municipal. Caberá, no entanto, analisar as sub-modalidades que esta forma de reconversão pode assumir, quais sejam a reconversão com e sem o apoio da administração conjunta.

6.2.1 Com o Apoio da Administração Conjunta

Na modalidade de reconversão por iniciativa municipal com o apoio da administração conjunta, as atribuições e o âmbito de intervenção de cada uma das entidades é objecto de contrato de urbanização.

À excepção da feitura do plano de pormenor, cometida por lei aos órgãos do município, a responsabilidade por todas as demais medidas e operações necessárias à reconversão fica na disponibilidade dos contraentes, pelo que nada obsta, em bom rigor, que as referidas incumbências sejam cometidas aos particulares.

A ser assim, renovam-se as objecções formuladas a propósito da modalidade de reconversão por iniciativa dos particulares.

6.2.2 Sem o Apoio da Administração Conjunta

Na falta de apoio da administração conjunta, à câmara municipal competirá praticar todos os actos previstos na lei relativos à emissão do título de reconversão, bem como realizar as obras de urbanização, sem prejuízo dos deveres dos proprietários e comproprietários já assinalados (respeito pela disciplina do plano; pagamento das despesas de reconversão).

Nesta modalidade denota-se uma aproximação ao procedimento fixado no regime anterior (Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro), pela extensão das competências e deveres da Administração com vista à reconversão da área ilegal.

Até pela verificação dos problemas decorrentes da não aplicação das regras do anterior regime, atenta a prática generalizada de devolução destes poderes da Administração autárquica para os particulares, será de insistir na necessidade de exercício dos mesmos poderes, sendo de concluir, desde já, pelas vantagens desta modalidade de reconversão relativamente às demais.

Neste âmbito, a câmara municipal calcula e cobra os valores respeitantes às comparticipações devidas pelos interessados. Para mais, nem pode submeter a aprovação do plano de pormenor de reconversão à assembleia municipal sem que

esteja assegurado o pagamento da totalidade das comparticipações, o que é passível de críticas, como vimos.

Como meio de pressão com vista a assegurar o cumprimento daquele dever de reconversão, pode a câmara municipal suspender a ligação às redes de infra-estruturas em funcionamento, nos termos do art. 3º, n.º 5, da Lei n.º 91/95.

Note-se que este tipo de medidas era já adoptado por algumas câmaras municipais antes da vigência do diploma legal em análise, suscitando-se, a esse propósito, pertinentes dúvidas quanto à sua legalidade.

Quanto a esta faculdade de suspensão de abastecimento de energia eléctrica, água ou gás enquanto se não mostrarem pagas as quantias devidas, se bem que se compreenda o seu alcance e finalidade, não menos certo parece que a adopção das medidas legalmente facultadas não resolve o problema na sua globalidade. Isto porque não fica garantido o pagamento da comparticipação pelo proprietário, comproprietário ou possuidor, que, por carências económicas ou por outros motivos, atendíveis ou não, não possa ou não queira pagar. Assim sendo, o plano de pormenor não chega a ser aprovado pela assembleia municipal, não chegando a bom termo o processo de reconversão iniciado.

Pondera-se então da aplicabilidade das medidas previstas no Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro, para as quais remete, a título complementar e subsidiário, o art. 34º, da Lei n.º 91/95. No entanto, aquele diploma legal, não explicita o modo de suprimento da falta de pagamento das comparticipações, o que não deve ser alheio à confiança depositada no facto de a execução do projecto de reconversão depender do acordo (quanto ao reordenamento dos lotes e ao montante das comparticipações) de parte significativa dos interessados (expropriando-se os terrenos e construções dos demais, afastados deste modo do processo em curso), bem como à salvaguarda das situações de maior carência (ou de todas, se assim se entendesse) com a concessão de facilidades no pagamento das quantias devidas.

Considera-se então dever ponderar-se uma solução que permita garantir o pagamento da totalidade das comparticipações devidas pelos administrados, de modo a não se justificar continuar a fazer depender deste facto o prosseguimento do processo de reconversão.

Assim, não parecendo razoável (nem justo) que a falta de pagamento de alguns inviabilize todo o processo em curso, parece dever ponderar-se a alteração da norma legal que exige o prévio pagamento da totalidade das comparticipações relativamente à aprovação do plano de pormenor e, consequentemente, à realização das obras de urbanização (art. 33º, da Lei n.º 91/95).

Antecipando-se, porém, os problemas que poderão decorrer do esforço financeiro exigido às autarquias locais na hipótese de não disporem, à partida, do montante total previsto para fazer face às despesas de reconversão - o que, aliás, permite explicar a falta de aplicação do regime fixado no Decreto-Lei n.º 804/76 - deve ponderar-se a consagração legal de soluções que acautelem o pagamento.

No caso de a câmara municipal iniciar a realização das obras sem que tenha sido possível a cobrança da totalidade das despesas de reconversão, poderá prever-se que recorra a um financiamento estatal, na forma de crédito bonificado, à semelhança do que é previsto nos regimes de apoio financeiro de obras de reparação e beneficiação de edifícios, conhecidos pelas siglas RECRIA, RECRIPH e REHABITA.

De todo o modo, haverá que garantir a cobrança aos particulares das comparticipações devidas com vista à amortização do capital mutuado. Neste sentido, parece boa uma solução que se baseie no estabelecimento de uma hipoteca legal (delineada nos artigos 704º e 705º, do Código Civil) a registar a favor do município sobre os lotes a constituir cujas correspondentes despesas de comparticipação não sejam pagas. Nem se diga que é impossível a constituição de hipoteca sobre lotes futuros, pois esta figura aparece já em sede de prestação da caução destinada a assegurar a realização de obras de urbanização (cfr. art. 24º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro e art. 27º da Lei n.º 91/95).

O problema do pagamento das despesas de reconversão assume ainda outra feição, qual seja a do peso, por vezes incomportável, que as comparticipações possam ter na economia dos agregados familiares. Não se vislumbra razão para que não se mantenha a previsão da possibilidade de pagamento em prestações da quantia devida (art. 7º do Decreto-Lei n.º 804/76), ou, em alternativa, a concessão de empréstimos

com disciplina idêntica à prevista para o crédito à habitação, nas situações em que tal se justifique.

Estas questões relacionadas com o financiamento das obras de urbanização não esgotam, porém, as dificuldades que podem ser sentidas pelos municípios que optem por esta modalidade de reconversão.

Considerando que a modalidade de reconversão por iniciativa municipal com execução das obras de urbanização implica a afectação de um vasto conjunto de meios técnicos, humanos e financeiros, que se poderá reflectir negativamente no exercício das demais competências municipais, parece aconselhável a criação de estruturas próprias destinadas à prossecução desta atribuição municipal, como sejam empresas municipais cujo objecto social se traduza na execução das obras de urbanização previstas no plano de pormenor da AUGI e cobrança das comparticipações devidas pelos interessados.

Para mais, trata-se de garantir a eficácia da actuação municipal no domínio da reconversão das AUGI, o que melhor se consegue por recurso aos meios jurídicos colocados à disposição daquelas estruturas empresariais. Aliás, mostrar-se-ia facilitada a afectação das receitas provenientes do pagamento de comparticipações ao fim de reconversão de uma dada área.

6.3 Dever de reconversão

Saliente-se que, qualquer que seja a modalidade adoptada e ainda que se trate de uma reconversão por iniciativa municipal, o princípio geral é que o dever de reconversão do solo e legalização das construções recai sempre sobre os proprietários e comproprietários dos prédios abrangidos pela AUGI, conforme dispõe o art. 3º da Lei n.º 91/95.

Desta forma, sobre aqueles proprietários e comproprietários impendem deveres como os de conformar os prédios com o título de reconversão (Plano de Pormenor ou Alvará de Loteamento) e o de comparticipar nas despesas de reconversão.

A propósito do dever de reconversão haverá que ter em conta o disposto no art. 3º, n.º 4, no qual se dita que os "encargos com a operação de reconversão impendem

sobre os titulares dos prédios abrangidos pela AUGI, sem prejuízo do direito de regresso sobre aqueles de quem hajam adquirido, quanto às importâncias em dívida no momento da sua aquisição, salvo no caso de renúncia expressa".

A norma em causa não se afigura de fácil apreensão, contudo parece significar que aos actuais titulares do direito de propriedade sobre os prédios é conferido o direito de exigir aos anteriores proprietários, o pagamento das comparticipações nas despesas de reconversão que sobre estes recaísse, até ao momento da transmissão.

Trata-se, porventura, de uma norma que visa acautelar situações em que os titulares dos prédios, em face da exigência de certas quantias a título de comparticipação nas despesas de reconversão, alienaram esses mesmos prédios a terceiros, os quais poderiam até não estar devidamente informados das obrigações que recaiam sobre o titular do prédio.

Contudo, e mesmo que seja esta a ratio do preceito, não se pode evitar a formulação de um juízo crítico sobre a solução adoptada. Isto por três ordens de razões.

Por um lado, se quem beneficia da infra-estruturação do prédio é o actual titular, não se vê razão para imputar as despesas inerentes à mesma infra-estruturação a pessoa diferente.

Por outro lado, as razões por nós encontradas para justificar o direito de regresso do adquirente do prédio - se é que coincidentes com as do legislador - podem até não se verificar em concreto, mas mesmo que assim fosse, as regras gerais sobre a formação e perfeição dos negócios jurídicos são suficientes e adequadas para garantir a protecção do adquirente.

Por último, a transmissão do prédio por parte de quem não quer ou não pode pagar as despesas de reconversão aproveita mais ao processo de reconversão do que a manutenção de uma situação de incumprimento.

7. Do Regime de Excepção

O regime excepcional previsto na Lei n.º. 91/95, evidencia-se quer em regras procedimentais, quer em normas substantivas.

Ao nível do procedimento, salienta-se o disposto nos arts. 50º a 53º da Lei n.º 91/95.

A este propósito, parece particularmente relevante a norma constante do art. 52º, n.º 1, da Lei n.º 91/95, a qual atribui aos fiscais municipais competência para determinar o embargo imediato de qualquer construção não licenciada ou autorizada na AUGI.

A competência para determinar o embargo de construções não licenciadas ou executadas em desconformidade com a respectiva licença cabe, de acordo com o regime geral previsto no art. 57º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção do Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, ao Presidente da Câmara Municipal.

Com a atribuição desta competência aos fiscais municipais, no âmbito dos processos de reconversão de AUGI, ter-se-á pretendido tornar mais célere o procedimento de embargo, permitindo-se que o mesmo fosse realizado imediatamente com o conhecimento pelos fiscais municipais da situação que justifica o embargo.

Não se duvida da extrema importância de evitar novas construções clandestinas, no decurso do processo de reconversão. No entanto, as razões de interesse público que determinam aquele embargo são afinal as mesmas que estão na base do acto de embargo de qualquer obra realizada com inobservância do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91.

E, a ser assim, não se entende a alteração do regime de competência, convolando-se funcionários dos serviços municipais em verdadeiros órgãos do município, titulares de uma importante competência ao nível municipal e cujo exercício é susceptível de pôr em causa direitos dos particulares.

É que não obstante se reconhecer a necessidade de um procedimento de

embargo célere, não se poderá perder de vista que, a tratar-se efectivamente de uma obra ilegal, a mesma sempre terá de ser demolida, salvo as situações em que seja legalizável.

Assim, não pode deixar de nos merecer censura a atribuição de competência aos fiscais municipais para embargar obras não licenciadas ou autorizadas.

Relativamente a alterações do regime material, promovidas pela Lei n.º 91/95, face ao regime do licenciamento de operações de loteamento definido pelo Decreto-Lei n.º 448/91, verifica-se que se sujeitam os loteamentos com vista à reconversão de AUGI a normas menos exigentes do que as que são aplicáveis aos loteamentos urbanos e ao licenciamento de obras em geral.

Neste sentido, podem referir-se várias normas:

as áreas de terreno destinadas a espaços verdes e de utilização colectiva, infra-estruturas viárias e equipamentos podem ser inferiores às que resultam da aplicação dos parâmetros definidos pelo regime jurídico dos loteamentos (cfr. art. 6º, n.º 1);

as condições mínimas de habitabilidade são as definidas na Portaria n.º 234/84, de 17 de Abril e os afastamentos mínimos referidos no art. 73º do RGEU reduzidos a metade, com o mínimo de 1,5 m ao limite de qualquer lote contíguo (art. 46º);

a assembleia municipal pode aprovar no respectivo regulamento valores especiais para as taxas decorrentes da operação de reconversão (art. 49º);

o Estado e os municípios podem comparticipar na realização das obras de urbanização (art. 56º).

A supra referida possibilidade de a assembleia municipal estabelecer valores mais baixos para as taxas decorrentes da operação de reconversão, assim como a faculdade do Estado e das autarquias comparticiparem nas despesas a realizar com as obras de urbanização, pode determinar que os encargos inerentes à reconversão dos loteamentos clandestinos sejam menores do que aqueles que decorrem de um loteamento devidamente licenciado.

O exercício das referidas faculdades pode implicar, assim, uma violação do princípio da igualdade, traduzindo-se num benefício injustificado dos particulares que não cumpriram os trâmites legais previstos para o licenciamento de operações de loteamento.

Contudo, atendendo que as entidades públicas envolvidas têm responsabilidades na manutenção e crescimento das situações ilegais em causa, assim como aos interesses públicos que lhes cabe prosseguir, melhor se compreende o esforço financeiro que possa, eventualmente, ser exigido às autarquias e ao Estado.

Desta forma, a possibilidade de comparticipação pública nas despesas de reconversão significa uma afectação de receitas públicas com vista à prossecução das atribuições do Estado e das autarquias, em matéria de ordenamento do território, ambiente e habitação.

Já não se acompanha o legislador no que respeita à possibilidade de serem fixadas taxas municipais devidas pela operação de reconversão de valor mais reduzido do que o das taxas previstas para o licenciamento de operações de loteamento e obras de urbanização ou obras de construção, propugnando-se o afastamento desta regra geral em sede de revisão da Lei n.º 91/95.

Aquela redução do montante das taxas a liquidar e cobrar determina uma correspondente redução das receitas municipais, sem que se possa garantir que o benefício assim concedido aos particulares é por eles utilizado para a reconversão da área de génese ilegal, o leva a crer que a desigualdade criada relativamente aos loteamentos e construções licenciadas representa uma verdadeira discriminação, proibida pelo disposto no art. 13º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

Considera-se que, nesta sede, em vez da actual redução de taxas, seria antes de ponderar a consagração e regulamentação de algumas soluções contidas no Decreto-Lei n.º 804/76, de 6 de Novembro, para as situações de carência económica e em que esteja em causa o direito à habitação, nomeadamente o pagamento faseado das comparticipações e a concessão de empréstimos, com taxas semelhantes às do crédito à habitação.

De todo o modo, mesmo quanto aos benefícios que se possam considerar justificados, haverá que rodear a sua concessão de especiais cautelas.

Isto porque, na sequência da operação de reconversão e da legalização das construções é possível a individualização e registo dos lotes e das construções (art. 54º do Código de Registo Predial) e, a partir desse momento, nada obsta à venda dos lotes assim constituídos.

A colocação no mercado desses bens pode, porém, constituir uma forma de concorrência desleal (pela prática de preços mais baixos do que os correntes) ou caso não se note repercussões no preço, consubstanciar um ganho indevido por parte do alienante que beneficiou das comparticipações municipais nas despesas com as obras de infra-estruturas.

Nesta sede seria de ponderar a introdução de mecanismos legais que minorassem as eventuais desigualdades resultantes dos benefícios previstos para as operações de reconversão de loteamentos clandestinos, de cuja bondade, porém, não se duvida.

Estes benefícios podem, em certos casos, e como já foi dito, mostrar-se essenciais à viabilização das operações de reconversão e justificam-se quer pelos interesses públicos em presença, quer pelas situações de carência dos agregados familiares associadas, tantas vezes, às áreas de construção clandestina. No entanto, não se pode perder de vista que as finalidades prosseguidas através da concessão dos benefícios podem ser desvirtuados com a colocação no mercado dos bens imobiliários em causa.

Assim, entre os mecanismos de correcção a introduzir, podemos contar com o instituto jurídico da preferência legal em favor da Administração, já prevista na Lei dos Solos, quanto às alienações onerosas de terrenos ou edifícios, para as áreas de expansão, desenvolvimento ou renovação de aglomerados urbanos (cfr. art. 27º e 28º), bem como com o estabelecimento de uma condição resolutiva na atribuição de benefícios. Esta condição deveria ser sujeita a registo predial e traduzir-se-ia no ónus de não alienação dos terrenos ou edifícios por um certo período de tempo, salvo reembolso das quantias correspondentes aos benefícios atribuídos ao respectivo proprietário pelo Estado ou pelo município.

8. Divisão de Coisa Comum e Registo

O processo de reconversão, quer seja baseado em alvará de loteamento ou em plano de pormenor de reconversão, tem por finalidade a divisão dos prédios integrados nas áreas urbanas de génese ilegal.

Quanto à divisão dos prédios em compropriedade, a Lei n.º 91/95, mantendo a possibilidade de a mesma ser realizada por escritura pública ou por decisão judicial (a qual poderá ser obtida nos termos gerais dos artºs 1052º, 1053º e 1059º do Código de Processo Civil, com as alterações a esse regime previstas nos artºs 40º a 44º da Lei n.º 91/95), prevê que a divisão da coisa comum possa ser obtida por "acordo de uso".

Com esta nova modalidade de divisão por acordo de uso, pretende o legislador tornar mais fácil e célere o processo de divisão de coisa comum, sempre que o plano de pormenor de reconversão ou o alvará de loteamento correspondam, na sua essência, à realidade actual dos prédios, o que deverá constar, expressamente, do título de reconversão.

Nas situações em que se verifique o citado pressuposto, pode a assembleia de proprietários e comproprietários, convocada para o efeito, nos termos do art. 11º da Lei n.º 91/95, aprovar o projecto de acordo de divisão da coisa comum, por maioria absoluta do total de votos da assembleia (cfr. art. 12º, n.º 2, do mesmo diploma), sendo a respectiva acta lavrada por instrumento público.

Nestes casos, para efeitos de registo de aquisição dos lotes, a lei exige, tão só, a apresentação do título de reconversão (que declare que o projecto corresponde na essência à realidade actual), da acta da assembleia que aprovou o projecto de divisão por acordo de uso e de documento comprovativo da entrega do título de reconversão na repartição de finanças (art. 39º)

Como atrás se referiu, a possibilidade de a divisão de coisa comum não carecer do acordo de todos os interessados, podendo ser aprovada por maioria, mesmo que qualificada, afasta-se do regime civilístico, o qual, na falta de consenso, sempre exige e garante o recurso à via judicial.

A deliberação de divisão tomada em assembleia, todos vinculando, é susceptível de lesar interesses dignos de tutela. Assim sendo, os propósitos do legislador de criação de um procedimento célere acarretam, do mesmo passo, a preterição das garantias de que se deve rodear todo o processo conducente à definição do direito de propriedade, como é o caso.

Nem se diga que as deliberações da assembleia podem ser judicialmente impugnadas, porquanto a decisão judicial não poderá afastar, sem mais, a aplicação da regra legal cuja bondade se contesta.

Pelo que fica exposto, restará concluir pela inadequação do procedimento previsto na lei quanto à divisão de coisa comum por acordo de uso, parecendo aconselhável que a divisão de coisa comum se faça, apenas, nos termos do direito civil, mediante acordo de todos os interessados ou por recurso à via judicial.

Mas o regime relativo à divisão de coisa comum suscita, ainda, outra ordem de críticas, desta feita relativamente ao sistema de votação e forma de apuramento do número de votos necessários à maioria absoluta requerida para aprovação do projecto de acordo de divisão de coisa comum.

Com efeito, não têm assento na assembleia os proprietários ou comproprietários cujo direito esteja inscrito na conservatória de registo predial competente, quando lhes não pertençam as construções, devidamente participadas na matriz, ou quando tenha existido contrato- promessa de compra e venda de parcelas, com tradição da coisa.

Nessa situação, os votos que assistiriam aos titulares do direito de propriedade inscritos passam a caber aos que ocupam, efectivamente, o solo ou as construções e são estes que tem assento na assembleia (art. 9º, n.º 2 e art. 13º, n.º 3, da Lei n.º 91/95).

No entanto, quanto à aprovação do projecto de acordo de divisão de coisa comum, os membros da assembleia que não sejam proprietários ou comproprietários, isto é, os possuidores das parcelas prometidas vender ou das construções inscritas na matriz, não têm direito de voto (artºs. 13º, n.º 3, 9º, n.º 2 e 10º, n.º 2, alínea e) da Lei

n.º 91/95). Assim, e na medida em que, como vimos, os proprietários ou comproprietários destas parcelas de terreno não têm assento na assembleia, decorre da estrita aplicação da lei, que o acordo de divisão de coisa comum é feito sem o consentimento quer de uns, quer de outros.

Se é certo que os lotes a constituir já estão definidos no alvará de loteamento ou no plano de pormenor de reconversão, a verdade, porém, é que é pelo acordo de divisão de coisa comum que se define a titularidade do direito de propriedade sobre cada um destes lotes.

Reveste-se de alguma gravidade o regime de divisão agora em análise, não se mostrando acautelados os interesses e direitos que assistem a todos aqueles que, não obstante participarem no processo de reconversão, não votam o destino dos lotes constituídos.

Aliás, mostra-se difícil a conciliação da regra prevista no art. 9º, n.º 2, a qual confere assento e voto aos donos das construções inscritas na matriz e promitentes compradores das parcelas de que tenha havido tradição, com preterição dos titulares do direito de propriedade ou compropriedade inscritos na conservatória do registo predial, considerando aqueles verdadeiros interessados na reconversão urbanística, com a regra que exclui os mesmos da votação do projecto de acordo de divisão de coisa comum (art. 13º, n.º 3).

Em última análise, o que fica exposto indicia que os possuidores que não sejam comproprietários, não obstante estarem envolvidos no processo de reconversão, não terão direito, no final, a que o registo do direito de propriedade dos lotes seja feito a seu favor.

Este entendimento teria, ainda, apoio no disposto no art. 3º, n.ºs 1 e 3, da Lei n.º 91/95, no qual se estabelece que o dever de reconversão, incluindo o dever de pagamento das comparticipações é dos proprietários e comproprietários, não se referindo aos possuidores das parcelas e construções.

E se o legislador terá sido prudente em não interferir na definição dos direitos de propriedade e compropriedade, deixando aos interessados essa mesma definição, caso a caso, não deixa de parecer incongruente o afastamento dos titulares dos direitos em causa e dos possuidores da sede por excelência de decisão das matérias

em que são directamente interessados - a assembleia de proprietários e comproprietários.

As mesmas razões que levaram o legislador a reconhecer legitimidade aos donos das construções inscritas na matriz e promitentes compradores das parcelas de que tenha havido tradição, com preterição dos titulares do direito de propriedade ou compropriedade inscritos na conservatória do registo predial, deverão determinar a audição dos mesmos quanto ao acordo de divisão de coisa comum, com vista ao posterior registo a seu favor da aquisição da propriedade dos lotes.

Com efeito, só faz sentido envolver os possuidores no processo de reconversão se admitirmos que os mesmos assumem, para todos os efeitos, a posição do titular inscrito, quer beneficiando do registo do lote a seu favor, quer cumprindo os deveres de reconversão (conformação do prédio com o título de reconversão e pagamento das respectivas comparticipações nas despesas de reconversão).

No entanto, parece só ser de admitir esta substituição na posição do titular inscrito, sobretudo para efeitos de registo, quando se comprove o pagamento do preço acordado com o titular inscrito ou com quem deste adquiriu ou, na falta de documento comprovativo deste facto, quando se verifiquem os requisitos da acessão industrial imobiliária, presumindo-se a boa fé do possuidor (nomeadamente quanto aos donos das construções inscritas na matriz) ou os requisitos da usucapião de imóveis, presumindo-se, igualmente, uma posse de boa fé.

9. Legalização de Construções

Concluído o processo de parcelamento do prédio ou prédios abrangidos pela área urbana de génese ilegal, podem ser apresentados pedidos de licenciamento das obras a realizar e podem, os titulares do direito de propriedade ou os titulares do rendimento de construção inscrita na matriz, promover a legalização das construções a manter.

Cumpre referir que, em certas situações, admite-se que o licenciamento de obras possa preceder até a entrada em vigor do título de reconversão, desde que o requerente invoque e prove a necessidade urgente de construção para habitação própria e permanente e quando o projecto de construção esteja aprovado, o auto de vistoria conclua que pode haver divisão por acordo de uso e estejam satisfeitas, integralmente, as comparticipações devidas.

A legalização das construções a manter deve ser solicitada pelo interessado, à câmara municipal, apresentando, desde logo, o projecto de arquitectura e os projectos das especialidades. A câmara municipal, que deve promover imediatamente a consulta das entidades que se tenham que pronunciar sobre os projectos das especialidades, deve decidir o pedido no prazo de trinta dias, seguindo o procedimento, nos demais aspectos e com as necessárias alterações, o regime definido pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro (art. 50º da Lei n.º 91/95).

O citado procedimento é, ainda, observado para o licenciamento de obras de alteração das construções existentes, sempre que as mesmas sejam necessárias à conformação com o alvará de loteamento ou plano de pormenor de reconversão (art. 50º, n.º 6).

Já no respeitante às obras de demolição total das construções que hajam sido determinadas pelo título de reconversão, prevê o art. 53º a dispensa do licenciamento municipal.

Recorde-se que a decisão quanto às construções a manter, alterar ou demolir consta já do título de reconversão e que a mesma, além de outros normativos, tem por

base a observância ou inconformidade com os requisitos mínimos de habitabilidade a que se refere o art. 46º, n.º 1 ou com as normas constantes de regulamento municipal, aprovado, a título excepcional, pela assembleia municipal, sob proposta da respectiva câmara.

V. Das conclusões alcançadas

De acordo com o que ficou exposto, a evolução legislativa no domínio da reconversão e legalização das áreas de construção clandestina foi no sentido da substituição de um regime jurídico que atribuía a iniciativa e direcção do processo às câmaras municipais, colocando a cargo destas o esforço financeiro inicial, indispensável à realização das obras de infra-estruturas necessárias, por um regime no qual incumbe ou pode incumbir aos interessados a realização de todas as operações tendentes ao mesmo fim.

Esta alteração não será alheia ao facto de, já na vigência do regime anterior, se ter assistido, a uma situação em que, dadas as omissões das entidades públicas competentes, recaía sobre os interessados particulares o ónus de reconverter a área de construção clandestina.

No entanto, se a orientação do Decreto-Lei n.º 804/76, no sentido de fazer depender o processo de reconversão da actuação e de financiamento inicial pelas entidades públicas, terá sido demasiado ambiciosa, a tendência em sentido inverso da Lei n.º 91/95, ao permitir que as câmaras municipais optem por deixar a resolução do problema nas mãos dos particulares, também merece os maiores reparos.

Desde logo, o actual regime, sobretudo quando não estabelece a intervenção obrigatória das câmaras municipais nos processos de reconversão, não teve em devida conta os problemas suscitados nas experiências de reconversão anteriores, as mais das vezes relacionados com a falta de consenso entre os interessados quanto à direcção e gestão do processo de reconversão.

Acresce que os relevantes interesses públicos inerentes ao reordenamento das extensas áreas de génese ilegal, à infra-estruturação das mesmas e à reposição da legalidade urbanística no local, não podem deixar de ser prosseguidos pelas entidades

administrativas com atribuições nestes domínios.

Ao longo deste estudo, foram suscitadas diversas questões atinentes à aplicação da lei e às próprias soluções nela consagradas, tendo sido oportunamente formuladas críticas e sugestões que agora se retomam.

As mesmas apontam para a necessidade de uma revisão legislativa quanto ao regime de reconversão das áreas urbanas de génese ilegal, na medida em que se aceite este contributo para a análise e ponderação das situações que motivaram os pedidos de intervenção do provedor de justiça.

Contudo, nem todos os problemas podem ser resolvidos ou minorados por via da consagração legal de novas soluções. Tem-se aqui em vista as queixas relativas ao funcionamento das comissões ou associações de proprietários, comproprietários ou moradores das áreas clandestinas.

Quanto aos problemas invocados, parece de distinguir os casos em que se mostre indiciada a prática de ilícitos criminais de outras situações que não revistam a mesma gravidade.

Assim, quanto aos factos invocados nas reclamações apresentadas na Provedoria de Justiça, que assumam relevância jurídico-criminal, concretamente a alegada cobrança de juros usurários, será de ponderar a remessa dos elementos facultados pelos reclamantes, ao Ministério Público, para efeitos de investigação, se tal for decidido por aquela entidade.

Quanto aos demais factos imputados à actividade das associações e comissões de proprietários, os mesmos foram considerados na fundamentação das propostas que a seguir se enunciam. Parece, no entanto, que a resolução caso a caso dos problemas suscitados não pode ser realizada mediante os meios que se encontram ao dispor deste órgao do Estado, envolvendo a averiguação de actos ou omissões de particulares, ocorridos num lapso temporal muito dilatado, cuja prova para efeitos de uma tomada de posição tem que ser deixada aos Tribunais.

Em face de todos os aspectos ponderados no presente estudo, considera-se aconselhável a introdução no regime legal das seguintes alterações:

1. Admitir-se, apenas, a modalidade de reconversão por iniciativa municipal, com a necessária supressão do actual regime de reconversão da iniciativa dos particulares, sem prejuízo, contudo, do princípio geral de que o dever de reconversão recai sobre os proprietários, comproprietários ou possuidores dos terrenos ou construções existentes na área clandestina de génese ilegal.

2. Desta forma, a reconversão de uma área urbana de génese ilegal basear-se-ia sempre num plano de pormenor de reconversão, elaborado e aprovado pelos competentes órgãos autárquicos, assegurando-se, nos termos gerais, a participação dos interessados

3. Na medida em que é exigido por lei que o conteúdo deste plano de pormenor contenha as "soluções previstas para garantir as expectativas dos interessados", será de densificar a norma em causa, por apelo à justa, equitativa e proporcionada repartição de benefícios e encargos entre os interessados, no âmbito do reordenamento e correcção dos lotes e da disciplina da sua capacidade edificatória, e da localização das infraestruturas, dos equipamentos e espaços de utilização colectiva para efeitos das cedências.

4. Atribuição aos municípios da responsabilidade pela direcção e execução das obras de urbanização e pelo cálculo e cobrança das despesas de reconversão.

5. Para a execução das obras de urbanização, deverá a lei prever que a deliberação que aprove o plano de reconversão determine, do mesmo passo, a posse administrativa dos terrenos indispensáveis à execução das obras.

6. Parece de manter a possibilidade de colaboração dos interessados com a Administração, actualmente consignada na modalidade de reconversão por iniciativa municipal com apoio da administração conjunta, mas restringindo as funções cometidas aos particulares ao acompanhamento da elaboração e execução do plano e à informação e divulgação das operações de reconversão.

7. Considerando que a modalidade de reconversão por iniciativa municipal com execução das obras de urbanização implica a afectação de um vasto conjunto de meios técnicos, humanos e financeiros, que se poderá reflectir negativamente no exercício das demais competências municipais, e tendo em atenção que se impõe garantir a eficácia da actuação municipal no domínio da reconverão da AUGI e a afectação das receitas provenientes do pagamento de comparticipações ao fim de reconversão de uma dada área, parece aconselhável a criação de estruturas próprias destinadas à

prossecução desta atribuição municipal, como sejam empresas municipais cujo objecto social se traduza na execução das obras de urbanização previstas no plano de pormenor da AUGI e cobrança das comparticipações devidas pelos interessados.

8. Alteração das regras que fazem depender a aprovação do plano de pormenor e o início das obras de urbanização de se encontrar assegurado o pagamento integral das comparticipações pelos interessados, admitindo-se o desenvolvimento do processo de reconversão sem que esteja realizado o pagamento integral das quantias devidas pelos particulares.

11. Ponderação da consagração legal de soluções que acautelem o pagamento pelos particulares das quantias em dívida, através do estabelecimento de hipoteca legal a favor do município, sobre os lotes a constituir e sobre as construções existentes.

12. Previsão de instrumentos de apoio financeiro aos municípios para fazer face ao investimento inicial exigido pelo empreendimento (financiamento estatal, na forma de crédito bonificado ao município).

13. Sem prejuízo da manutenção da possibilidade de comparticipação nas despesas de reconversão, pelo Estado ou pelo município, considerar-se a necessidade de introdução de regras que façam depender a ajuda financeira de relevantes motivos de interesse público, como o direito à habitação.

14. Na presença de situações de carência económica, devidamente comprovada, e quando as construções se destinem à habitação dos agregados familiares, julga-se justificado prever a possibilidade de pagamento em prestações das quantias devidas a título de reconversão ou a previsão legal de empréstimos com vista ao pagamento integral daquelas quantias, a conceder pela Administração, em condições semelhantes às do regime geral do crédito à habitação.

15. Supressão da possibilidade de redução das taxas municipais devidas em consequência da operação de reconversão.

16. Caso sejam concedidos benefícios pela Administração Pública, há que prever mecanismos de correcção, como o instituto jurídico da preferência legal em favor da Administração, bem como o estabelecimento de uma condição resolutiva sujeita a registo predial, que se traduzisse no estabelecimento de um ónus de não alienação dos terrenos ou edifícios por um certo período de tempo, salvo reembolso das quantias correspondentes aos benefícios atribuídos ao respectivo proprietário pelo Estado ou pelo município.

17. Não deverá ser negado o direito de voto, na assembleia de proprietários e comproprietários, ao loteador ilegal quando este revestir, também, a qualidade de

possuidor de parcelas ou construções existentes na área de construção clandestina.

18. Alteração das regras relativas à nomeação e destituição da comissão de administração, nomeadamente quanto à maioria de votos exigida para estas deliberações.

19. Propugna-se a supressão da norma contida no art. 3º, n.º 4, que confere aos actuais titulares do direito de propriedade sobre os prédios o direito de exigir, aos anteriores proprietários, o pagamento das comparticipações nas despesas de reconversão que sobre estes recaísse, até ao momento da transmissão.

20. Supressão das normas que atribuem competência aos fiscais municipais para embargar obras não autorizadas.

21. Alteração do regime de divisão de coisa comum, por acordo de uso, afastando-se a possibilidade de deliberação por maioria e aproximando-se o mesmo do regime civilístico da divisão de coisa em compropriedade.

22. Atribuição aos donos das construções inscritas na matriz e promitentes compradores das parcelas de que tenha havido tradição do direito de audição quanto ao acordo de divisão de coisa comum e consagração da possibilidade de registo predial da aquisição, a seu favor, da propriedade dos lotes, quando estes comprovem o pagamento do preço acordado com o titular inscrito ou com quem deste adquiriu ou quando se verifiquem os requisitos da acessão industrial imobiliária ou da usucapião, presumindo-se a boa fé do possuidor.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Viana do Castelo

R-2720/89
Rec. n.º 14/A/98
1998.03.16

I
Exposição de Motivos

A
Dos Factos

1. Foi apresentada queixa na Provedoria de Justiça relativa à decisão que recaíu sobre o pedido de licenciamento de construção de um edifício, analisado no processo camarário n.º 68/33/89, em terreno sito junto à Estrada da Papanata, na freguesia de Santa Maria Maior, concelho de Viana do Castelo.

2. Com efeito, em despacho da Presidência de 5 de Setembro de 1989, foi indeferido o referido pedido de licenciamento, com o fundamento de se destinar o terreno em causa a uma praceta pública, conforme definido no plano de pormenor da Papanata.

3. Não concordando com o sentido e fundamento da decisão, o Senhor L..., em exposição datada de 29.09.89, invocou a ilegalidade da decisão, porquanto o citado plano não se encontrava "superiormente aprovado" nem publicado, sendo, por isso, ineficaz.

4. A Câmara Municipal de Viana do Castelo reiterou o indeferimento, sustentando que o plano de pormenor da Papanata já estava a "ser seguido como instrumento de orientação urbanística" (cfr. ofício n.º 7537, de 20.10.89).

5. Veio a Câmara, em seguida, convocar o reclamante para reunião com vista à resolução do problema, por acordo quanto ao preço do imóvel onde se pretendia a construção.

6. Em resposta a pedido de informações formulado por este Órgão do Estado, foram prestados esclarecimentos sobre os actos e procedimentos sumariamente descritos, nos termos do ofício 82, de 20.03.91.

7. Assim:

A. Quanto ao processo de licenciamento de obras particulares n.º 68/33/89, foi adiantado que o indeferimento do pedido do interessado constava de um

despacho do Senhor Vereador do Pelouro das Obras de 05.09.89, por o mesmo não respeitar o citado plano de pormenor da Papanata, sendo esse indeferimento confirmado por deliberação camarária de 10.10.89.

B. O projecto de arquitectura foi objecto de uma informação do Departamento de Planeamento Urbanístico, na qual se referia que o projecto não respeitava o plano da Papanata, conquanto não tivesse sido aprovado, acrescentando-se que "o projecto se encontrava regulamentar e era satisfatório". Esta informação foi elaborada em 23.08.89.

C. Verifica-se ainda que o processo camarário integra pareceres favoráveis (alguns com condicionamentos) relativos aos projectos das especialidades (Centro de Saúde, CTT/TLP, EDP e Serviços Municipalizados).

D. Por seu turno, foi aberto um outro processo camarário, tendo por objecto a expropriação dos terrenos necessários à criação da praceta em causa, entre os quais se conta o terreno do reclamante.

E. Feita a avaliação dos terrenos por perito designado pela Câmara, oficiaram-se os proprietários para uma negociação amigável com vista à aquisição dos imóveis. Neste âmbito compreende-se a convocatória referida no ponto 5 (vd. supra).

8. No mesmo ofício, porém, em sede de considerações finais, pode ler-se que "recentemente foi abandonado o projecto de execução de uma praceta, pelo que o mesmo deixou de constituir entrave à execução da construção requerida pelo reclamante".

9. Tendo sido dado conhecimento do teor deste ofício ao reclamante, requereu este, com base na informação transcrita no ponto anterior, o deferimento do pedido de licenciamento da construção no terreno junto à Estrada da Papanata.

10. Questionada a Câmara Municipal de Viana do Castelo sobre o andamento dado ao requerimento do interessado (datado de 14.06.91), foi este Órgão do Estado informado da deliberação camarária de 12.08.91, no sentido da expropriação de uma zona a definir em planta, abrangendo "provavelmente" o terreno do requerente, a par da elaboração de um estudo urbanístico para essa zona, ficando disso encarregue o Departamento de Urbanismo da Câmara.

11. As informações ulteriores da Câmara Municipal limitaram-se a reiterar a intenção de elaborar um estudo urbanístico para a zona, bem como de um plano de urbanização da cidade de Viana do Castelo, "conducentes a uma intervenção

urbanística concertada e coerente, que tenha em conta os legítimos interesses dos particulares e acautele o interesse municipal" (cfr. ofício n.º 10.808, de 05.11.92).

12. Em 10 de Abril de 1996 foi realizada uma visita de inspecção à Câmara Municipal de Viana do Castelo, tendo sido prestados esclarecimentos pelo Exmo. Senhor Director do Departamento Financeiro.

13. Em resumo, foi apurado que:

A. O Plano de Pormenor da Papanata nunca chegou a ser aprovado e publicado, tendo o respectivo projecto sido abandonado pela Câmara Municipal;

B. O processo de expropriação nunca chegou ao seu termo;

C. As razões de indeferimento basearam-se em projectos de planos;

D. Os herdeiros do requerente (entretanto falecido) já manifestaram a sua intenção de construir no terreno em causa;

E. Os últimos elementos contidos no processo camarário consistem num pedido de informação formulado pelos herdeiros do reclamante sobre "a capacidade de construção do terreno em causa" e num pedido de decisão datados de 07.08.95 e na resposta aos mesmos;

F. A resposta da Câmara Municipal não chegou a ser recebida pelos destinatários (veio devolvida). A mesma informava que "de momento não é possível satisfazer o solicitado, dado que o estudo para a zona oriental da cidade`, que dispomos no momento, não dá indicações, que permitam concluir sobre a ocupação do terreno".

14. Mais se apurou que o procedimento expropriatório de que foi dado conta não chegou ao seu termo, por razões de oportunidade.

B
De Direito

I
Dos Parâmetros das Decisões

O disposto no art. 63º, n.º 1, alínea a), do Regime de Licenciamento Municipal das Obras Particulares.

15. Do que ficou descrito, resulta que as sucessivas decisões da Câmara Municipal de Viana do Castelo relativamente à pretensão de construir do Senhor Luís Maria Palhares Delgado, bem como dos seus herdeiros, não encontram fundamento em instrumentos de planeamento urbanístico aprovados e publicados, isto é, válidos e eficazes.

16. Ao que acresce o facto de a última comunicação aos requerentes não consubstanciar uma resposta ao pedido de informações formulado sobre a capacidade edificatória do terreno, diferindo essa resposta para momento oportuno (entenda-se: o momento de maior densificação da disciplina urbanística em elaboração).

17. No caso vertente, como se viu, as decisões que recaíram sobre o pedido de licenciamento das obras de construção pretendidas tomaram por parâmetro a regulação prevista em simples projecto de plano de pormenor, porquanto elaborado aquele projecto deve ainda ser submetido à apreciação das entidades a consultar e a inquérito público, cujos pareceres e resultados, respectivamente, serão ponderados pela câmara municipal antes de os submeter à assembleia municipal para aprovação (vd. artigos 13º a 15º do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março). Existindo plano director municipal, é dispensada a ratificação governamental, mas não o seu registo, a menos que o plano de pormenor não se conforme com aquele (vd. art. 16º, do mesmo diploma), devendo então o plano ratificado ou registado ser publicado nos termos da lei, adquirindo plena eficácia (vd. art. 18º, idem). Nota-se que essas decisões sempre se basearam na alegada desconformidade do projecto de construção pretendido com as disposições do futuro plano urbanístico da Papanata (partindo do princípio que as mesmas seriam mantidas em sede de aprovação do plano), invocando-se recentemente um "estudo para a zona oriental da cidade".

18. Não pode, contudo, ser esse o motivo de indeferimento de um pedido de licenciamento de construção, nem tão pouco, de um pedido de informação prévia.

19. Os fundamentos de indeferimento desses pedidos encontram-se elencados nas diversas alíneas dos números 1 e 2 do art. 63º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro.

20. A invocação de motivos diversos consubstancia o vício de violação de lei por parte da deliberação de indeferimento.

21. A solução legal não diverge essencialmente do que já havia sido fixado no art. 15º do revogado Decreto-Lei n.º 166/70, de 15 de Abril, pois "a enumeração legal dos fundamentos de indeferimento continua a ser taxativa (...). A câmara municipal só pode indeferir o pedido com base em alguns dos fundamentos previstos no presente artigo, mas não tem necessariamente de o fazer relativamente a dois deles" (cfr. António Duarte de Almeida e Outros, Legislação Fundamental do Direito do Urbanismo Anotada e Comentada, vol. II, Lisboa, 1994, anotação ao art. 63º, do Decreto-Lei n.º 445/91, p. 969).

22. Para o que aqui interessa, atente-se no disposto na alínea a), do n.º 1, do art. 63º, do regime aprovado pelo citado Decreto-Lei n.º 445/91. Vem aqui previsto o indeferimento do pedido de licenciamento com base na desconformidade com instrumentos de planificação territorial, válidos nos termos da lei.

23. Mais se deve entender que a lei se refere aos planos válidos e eficazes, ou seja, publicados no Diário da República, pois "o plano entra em vigor na data da sua publicação no Diário da República, adquirindo plena eficácia", como decorre do disposto no art. 18º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março (neste sentido, António Duarte de Almeida e Outros, Legislação Fundamental do Direito do Urbanismo, cit., p. 971 e ss.). Aliás, a Constituição comina com a ineficácia a falta de publicidade dos "actos de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local" (art. 119º, n.º 2, CRP), o que, não obstante deixar intocada a validade do acto, impede a sua oponibilidade e obrigatoriedade relativamente a terceiros (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, anotação ao art. 122º, p. 551).

24. Considera-se assim que não podem servir de parâmetro para fins de licenciamento (ou melhor, de não licenciamento) os instrumentos de planeamento urbanístico não publicados, pois são desconhecidos pelos seus destinatários e faltam garantias de tratamento igualitário que só a plena eficácia do conteúdo dos planos permite atingir.

25. Mas ainda que assim não se entendesse, e considerando que a lei não se referiria à eficácia dos planos, temos de reconhecer que só poderia referir-se a actos perfeitos, "válidos nos termos da lei", o que nem aqui se verifica, pois o projecto do plano de pormenor da Papanata não foi aprovado pela assembleia municipal, sendo certo que não pode a câmara municipal invocar normas não publicadas, nem sequer aprovadas para decidir em desfavor dos seus munícipes. Constitui acto puramente interno.

26. O mesmo se diga quanto ao designado "estudo para a zona oriental da cidade", o qual constitui, ao que parece, o embrião de um futuro plano de pormenor ou de plano de urbanização da citada zona da cidade de Viana do Castelo.

27. Mesmo que se entendesse que os herdeiros do Senhor Engº Luís Maria Palhares Delgado não formularam um pedido de licenciamento de construção, mas um pedido de informação prévia, a decisão camarária sempre estaria inquinada pelo vício de violação de lei (art. 63º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, cuja natureza taxativa é pacífica na doutrina e jurisprudência).

28. Com efeito, mesmo tratando-se da decisão de um pedido de informação

prévia relativamente ao licenciamento de construção, a conclusão não pode ser diversa. Dada a ligação entre os dois tipos de pedidos (que se traduz, entre outras coisas, na vinculatividade da decisão que recaia sobre o pedido de viabilidade), deve considerar-se aplicável o regime do citado art. 63º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, aos pedidos de informação prévia, do mesmo modo que uma decisão favorável a um pedido deste género em desrespeito das disposições de plano urbanístico vigente acarretaria a nulidade dessa decisão, por aplicação do disposto no art. 52, n.º 2, alínea b), do mesmo diploma, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro (cfr. António Duarte de Almeida e Outros, ob. cit., p. 830).

29. Atente-se que o pedido de informação prévia é um modo expedito de se saber se é possível a realização de uma determinada obra, em determinada zona, com uma determinada finalidade. Por outras palavras, é um modo de se saber qual a decisão que mereceria o projecto que se apresenta se integrado com outros elementos instrutórios num pedido de licenciamento. Ora se a decisão a tomar em sede de licenciamento da obra nunca poderia ser como a decisão tomada, pois desrespeitaria os fundamentos de indeferimento taxativamente fixados no citado art. 63º, não pode a Câmara Municipal indeferir o pedido de viabilidade relativo a um projecto de construção que, em sede de licenciamento de obras, seria considerado admissível, isto é, viável.

30. Não se nega que os dois tipos de pedido têm uma certa autonomia. Daí que a resposta da Câmara Municipal a um pedido de informação prévia é uma verdadeira decisão e não um mero parecer integrado no procedimento de licenciamento (vd. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, da 1ª Secção, de 15.01.84, in Apêndice ao Diário da República, de 06.02.87).

31. Não pode é ser diferente a resposta a um posso construir? e a um posso eventualmente construir?, quando o interessado vem "solicitar à administração que tome uma primeira decisão sobre uma pretensão, que lhe é formulada num determinado estádio de elaboração e concretização" (cfr. António Duarte de Almeida e Outros, ob. cit., p. 825), sendo necessária a posterior formulação de um pedido de licenciamento, o qual se realizado no prazo de um ano e se conforme ao pedido de informação prévia, não pode merecer diferente decisão, pois a lei estabelece a vinculatividade das decisões (favoráveis) dos pedidos de viabilidade.

32. Por último e se, porventura, se entendesse ainda que o último pedido

formulado consistia num mero pedido de informações, não poderia deixar de se notar que a informação prestada (e, ao que parece, não oportunamente recebida) se mostrava incompleta e errónea. Incompleta, por não se referir aos instrumentos de planeamento territorial em vigor (ou à sua falta); errónea, porque, por uma vez mais, inculcava nos administrados a ideia da impossibilidade de construir antes da definição de uma determinada disciplina urbanística para o local.

ii) O disposto no art. 63º, n.º 1, alínea f), do Regime do Licenciamento Municipal de Obras Particulares

33. Para além dos aspectos já focados, os quais se prendem, essencialmente, com a invocação de planos urbanísticos ainda em projecto, verificou-se que a pretensão do Senhor Engº Luís Delgado foi também recusada com o fundamento da necessidade do seu terreno para a construção de uma praceta, parecendo hoje desactualizado o fundamento invocado pela Câmara Municipal de Viana do Castelo, com o abandono do projecto em causa.

34. Não obstante, considero dever frisar que o indeferimento de um pedido de licenciamento de construção não pode ter por base a mera intenção camarária de aquisição dos terrenos, se esta intenção não se mostrar concretizada num acto de declaração da utilidade pública para efeitos de expropriação que abranja a área a licenciar, como decorre do disposto no art. 63º, n.º 1, alínea f), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro.

35. Nem se diga que o momento da entrada em vigor do referido diploma obsta à formulação de um juízo de validade quanto à invocação deste fundamento de indeferimento do pedido de licenciamento de obras de construção.

36. Como escrevem ANTÓNIO DUARTE DE ALMEIDA et. al., a citada alínea f) "é inovadora, embora a jurisprudência já considerasse ilegal o indeferimento do pedido de licenciamento "com o fundamento de o respectivo terreno estar apenas ameaçado de expropriação" (cfr. Sentença da Auditoria Administrativa do Porto, de 6/4/63, in RDA, 1964, n.º 3, 255 ss.) ou "por se ter destinado determinado terreno para a implantação de um edifício escolar" sem que previamente tenha havido uma declaração de utilidade pública para efeitos de expropriação (cfr. Sentença da Auditoria Administrativa do Porto, de 19/6/80, in DA, 1980, n.º 3, 237)" (Legislação Fundamental do Direito do Urbanismo, Anotada e Comentada, Vol. II, ob. cit., p. 974).

37. Assim sendo, permito-me considerar ilegal o acto camarário que decidisse negativamente o licenciamento das obras de construção com base num procedimento expropriatório não precedido da necessária declaração de utilidade pública.

II
Conclusões

38. Concluo pela ilegalidade dos actos camarários reclamados, sem prejuízo da sanação dos vícios apontados, decorrido o prazo da sua anulação, na medida em que os fundamentos de indeferimento sucessivamente invocados se afastam do elenco taxativamente fixado, quer no regime do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro (art. 63º), quer no revogado Decreto-Lei n.º 166/70, de 15 de Abril (art. 15º).

39. Mais concluo que os princípios fundamentais da legalidade da Administração Pública e da garantia dos direitos dos particulares (artigo 266º da Constituição), não dissociados de um elementar imperativo de justiça, se não fundam a necessidade de revogação por ilegalidade das decisões camarárias (dada a apontada sanação dos vícios de que padeciam), impõem a reapreciação do pedido de licenciamento formulado ao abrigo do quadro legal e regulamentar vigente.

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1, CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são conferidos pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do provedor de justiça), no seu art. 20º, n.º 1, alínea a), e, como tal,

Recomendo

A reapreciação da pretensão dos interessados, em sede de futuro procedimento de informação prévia ou de licenciamento, ao abrigo do regime estatuído no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 29/92, de 5 de Setembro e pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, e tomando por parâmetro os planos urbanísticos válidos e efectivamente vigentes à data da sua apreciação.

Recomendação acatada

Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Castelo Branco

R-2081/96
Rec. n.º 15/A/98
1998.03.16

I
Exposição de Motivos

1. Foi organizado e instruído um processo para apreciação de queixa que me foi dirigida pela munícipe Srª Dª M..., a respeito das condições de licenciamento de estabelecimento de bar sito na Rua C..., blocos A e B, em Castelo Branco.

No essencial, em resultado da apreciação das informações prestadas pela Câmara Municipal de Castelo Branco no âmbito da instrução do processo, e da análise dos documentos juntos pela reclamante em suporte da sua pretensão, foram apurados os factos e circunstâncias que passo a elencar:

1.1. A reclamante apresentou junto da Câmara Municipal de Castelo Branco pedido de aprovação de projecto de abertura de salão de jogos com máquinas eléctricas de diversão na Rua C..., blocos A e B, em 14.2.1992.

Deliberou a Câmara Municipal emitir parecer desfavorável à viabilidade de intalação da actividade de divertimentos eléctricos e manuais, em 6.5.1992.

1.2. Indeferida a sua pretensão pelo Governo Civil de Castelo Branco, solicitou a reclamante, em 1.6.1992, informação sobre a viabilidade de abertura na Rua C..., blocos A e B, de estabelecimento similar de " café com licença de jogos lícitos de perícia psico-motora, designadamente bilhares de várias espécies".

A coberto de ofício de 19.11.1992, a Câmara Municipal notificou a requerente do deferimento da "instalação de jogos lícitos de perícia psico-motora, designadamente bilhares de várias espécies, na Rua C..., Blocos A e B, em Castelo Branco".

1.3. Em 28.1.1993 foi solicitada a aprovação da localização de estabelecimento de bar nos ditos blocos.

Em 1.2.1993 solicitou a Câmara Municipal ao Delegado Concelhio de Saúde a realização de vistoria ao estabelecimento de bar, com a localização pretendida pela reclamante, para efeitos do disposto no art. 36º, n.º 1, al. c) do Decreto-Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 149/88, de 27 de Abril.

Efectuada vistoria prévia aos dois blocos, em dois de Fevereiro, com a participação do Comandante dos Bombeiros Voluntários e de funcionário da Câmara Municipal, foi imposta à ora reclamante, em conclusão da mesma, a realização de determinadas obras e adaptações, reportando-se o respectivo auto ao conjunto dos blocos.

Do mesmo modo, concluiu a vistoria promovida pela autoridade sanitária concelhia, em 9.2.1993, pela necessidade de execução de adaptações nos dois espaços.

Por ocasião de ambas as vistorias realizadas foi verificada a existência de uma casa de banho para senhoras e uma casa de banho para homens, localizadas, uma no bloco A e a outra no bloco B, em consonância com o previsto no projecto apresentado, sem que tal facto merecesse qualquer objecção ou correcção.

O projecto submetido a aprovação municipal previa, também, a exploração no estabelecimento de bar de 14 bilhares, os quais, à data da vistoria, a reclamante mantinha no bloco A.

1.4. Culminou o procedimento de licenciamento sanitário, após execução dos trabalhos determinados, na emissão do respectivo alvará de licença de exploração de estabelecimento de bar, sito na Rua C..., blocos A e B, em consonância com a localização apontada pela reclamante em 24 de Fevereiro de 1993.

1.5. Do mesmo modo, a aprovação do período de funcionamento pela Câmara Municipal foi concedida por referência a um único estabelecimento, a explorar nos dois blocos.

l.6. Quanto ao licenciamento policial do estabelecimento, procedeu o Governo Civil do Distrito de Castelo Branco à emissão de duas licenças de abertura, uma para Bar e outra para a exploração de jogos lícitos no interior do estabelecimento de bar ("no s/ estabelecimento"), reportando-se ambos os títulos concedidos a um único estabelecimento, com ocupação dos dois blocos supra identificados.

Consequentemente, aprovou o Governo Civil dois horários distintos, um para a exploração de bar e outro para a prática de jogos lícitos, reportando-se ambas as aprovações aos blocos A e B. Com efeito, tal como a licença de abertura, também a licença de funcionamento relativa aos bilhares, indica que a sua exploração é autorizada no estabelecimento de bar.

O exercício da actividade de difusão de música ambiente foi autorizado nos dois espaços pelo Governo Civil competente, e emitido como título o de alvará de licença de 31 de Dezembro de 1993.

1.7. A vistoria promovida pela Direcção Geral dos Espectáculos recaíu sobre o bloco A, no qual a reclamante dispôs os bilhares sobre cuja exploração competia àquela entidade pronunciar-se.

2. Ainda que os bilhares se situem num só dos blocos, constituiam os blocos A e B, de acordo com o projecto aprovado, e com a utilização que subsequentemente lhes foi conferida, uma unidade funcional.

A divisória de vidro colocada entre aquelas fracções permitia a comunicação

entre a sala dos snookers e o balcão do serviço de bebidas.

O estabelecimento dispõe de um único contador eléctrico e de apenas duas portas, uma das quais constituía, inicialmente, saída de emergência, não permitindo, em circunstâncias normais, o acesso à via pública.

A entrada e saída dos clientes no estabelecimento processava-se pelo bloco B, ocupando a clientela as duas salas, servindo-se de bebidas no bloco A e praticando jogos no bloco B, ou tão só nele permanecendo.

3. Através de ofício de 21.6.1993, a Câmara Municipal notificou a proprietária do dito estabelecimento da decisão de aplicação de coima no valor de Esc. 50.000$00, e de sanção acessória de "interdição de qualquer actividade na sala contígua ao bar, enquanto a mesma não for aprovada por esta Câmara Municipal, nos termos da alínea c) do art. 402º do Regulamento dos Empreendimentos Turísticos" (v.d.ofício n.º 5701).

Foi também aplicada à reclamante pela Câmara Municipal uma outra sanção pecuniária, em procedimento contra-ordenacional, pela prática de infracção de uso de classificação diferente da atribuída ao estabelecimento em colisão com o art. 339º, n.º1, do Decreto Regulamentar n.º 8/89 de 21 de Março.

3.1. Sabendo que a Câmara Municipal vistoriara já o bloco A com vista à abertura do estabelecimento de bar e dispondo de autorização para exploração de jogos de perícia psico-motora, a munícipe veios a ser induzida a requerer um outro licenciamento para a sala de jogos manuais, uma vez que lhe foram instaurados sucessivos processos contra-ordenacionais e que lhe fora interdito o exercício de qualquer actividade no compartimento pertencente ao bloco A.

Determinou essa Câmara Municipal a realização de trabalhos adicionais, em acolhimento das conclusões de vistoria realizada em 28 de Setembro de 1993, entre os quais a "eliminação da porta interior de ligação ao estabelecimento contíguo" e a aposição, junto da porta do Bloco A, de "sinalização luminosa SAÍDA" (v.d. auto de vistoria).

As medições acústicas promovidas concluiram pelo cumprimento das disposições legais aplicáveis em matéria de ruído.

Emitiu a Câmara Municipal de Castelo Branco parecer favorável à abertura e funcionamento de sala de divertimentos manuais, na Rua C..., Bloco A, em Castelo Branco (v.d. deliberação de 1.10.1993)

4. Concedeu o Governo Civil de Castelo Branco licença de funcionamento no tocante ao estabelecimento de bebidas, para o ano de 1994, mantendo-se no respectivo alvará a alusão aos dois compartimentos do bar (v.d. alvará de licença de 19.1.1994).

5. A requerimento da proprietária, deliberou a Câmara Municipal, em reunião de 25.07.1994, aumentar a lotação do «Bar Subsolo, sito na Rua Cardeal Mota - Bloco A/B», para 100 lugares sentados e 60 lugares em pé, procedendo os serviços municipais, subsequentemente, em 14.10.1994, a um averbamento ao alvará de licença sanitária n.º 3094, o qual faz menção aos dois compartimentos.

6. Derrogado o Regulamento dos Períodos de Abertura e Funcionamento dos Estabelecimentos de Venda ao Público e de Prestação de Serviço do Concelho de Castelo Branco, através do Edital n.º 84/95, de 17 de Março e perante a nova redacção conferida ao artº. 2º, grupo 11, al. c), passou a reclamante, a promover a prática de jogos lícitos até às 2 horas da madrugada, limite do horário fixado para o estabelecimento de bar.

Em consequência, sofreu a aplicação de novas coimas por não observar o horário consignado no art. 2º do Regulamento dos Períodos de Abertura e Funcionamento dos Estabelecimentos de Venda ao Publico e de Serviços do Concelho de Castelo Branco, para o funcionamento de salões de jogos.

7. Em 13 de Maio de 1996 determinou V.Exa. a rectificação do alvará de licença sanitária n.º 3094, por forma a corrigir erro de escrita relativo à localização do estabelecimento de bar, em virtude de se ter verificado que "no alvará sanitário n.º 3094 foi indicado que o referido Bar se localizava na Rua C..., Bloco A/B, quando na verdade, o local vistoriado e o licenciamento do Bar foi, tão só, para o Bloco B do referido arruamento."

II
Apreciação

Tenho por improcedentes os esclarecimentos prestados pela Câmara Municipal de Castelo Branco, na sequência da actividade instrutória desenvolvida, e as motivações invocadas em suporte da não aprovação municipal das actividades praticadas no Bloco A.

A este respeito, entendo formular as seguintes observações:

1. Os documentos que integram o pertinente processo camarário sustentam a convicção de ter sido inicialmente autorizada a abertura de um estabelecimento de bar, com ocupação dos dois blocos.

Em especial, tenho em conta o âmbito das vistorias promovidas em 2.2.1992 e em 9.2.1992, e as correcções pontuais impostas à reclamante em ordem à observância

das prescrições regulamentares aplicáveis ao exercício da actividade de exploração de estabelecimento de bar.

2. A circunstância de a Direcção Geral dos Espectáculos haver vistoriado apenas o bloco A, em 13.10.1993 não permite inferir pelo funcionamento de dois estabelecimentos autónomos.

Na verdade, a diligência em causa foi levada a cabo pela Comissão de Vistoria para verificação das condições técnicas e de segurança do recinto, onde se propunha a reclamante prosseguir a exploração de jogos lícitos, pelo que, sempre a inspecção se havia de cingir ao espaço físico da sala de jogos de divertimentos manuais. Não lhe cumpria conhecer dos demais aspectos.

3. A apresentação pela proprietária do relatório de caracterização acústica, em Setembro de 1993, destinou-se a instruir o procedimento desencadeado pelo pedido de aprovação de sala de divertimentos manuais.

A declaração prestada pelo técnico responsável pelos ensaios técnicos promovidos, segundo a qual, o bar constituía a única instalação já em funcionamento, teve lugar em data subsequente à aplicação de sanção acessória pela Câmara Municipal relativa ao exercício da actividade de divertimentos manuais, e nesse contexto há-de ser interpretada.

4. Fica por compreender a legitimidade da actuação da Câmara Municipal, no que tange às diligências desencadeadas tendo em vista a aprovação da instalação de sala de jogos no bloco A, a qual deferira por deliberação de 6.11.1992.

4.1. A vistoria prévia para aprovação da localização da sala de divertimentos manuais no bloco A foi promovida "a fim de verificar se o mesmo reúne as condições exigidas pelo Regulamento dos Empreendimentos Turísticos" (cfr. auto de vistoria de 28.9.1993).

Ora, no regime aplicável à aprovação de empreendimentos turísticos não se confere às câmaras municipais competência para se pronunciarem sobre a localização de salas de jogos ou aprovar a sua abertura.

Dispôs o legislador, através do regime contido no Decreto-Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro, e no Decreto Regulamentar n.º 8/89, de 21 de Março, sobre a construção, a instalação e o funcionamento dos estabelecimentos hoteleiros e similares, dos meios complementares de alojamento turístico, dos conjuntos turísticos, dos empreendimentos de animação, culturais e desportivos de interesse para o turismo.

Não se mostram preenchidos os requisitos de que o art. 260º do dito Decreto Regulamentar fez depender a declaração de interesse turístico dos empreendimentos

de animação, não se subsumindo, claramente, os recintos de exploração de jogos lícitos de perícia psico-motora, em qualquer outra das citadas categorias legais.

A exploração em causa dependia, à data em que foi iniciada, de licenciamento policial do Governo Civil nos termos previstos no art. 1º, al. m) do Regulamento Policial do Distrito de Castelo Branco, carecendo o recinto de ser licenciado pela Direcção Geral dos Espectáculos e do Direito de Autor, ex vi do disposto no art. 5º do Decreto-Lei n.º 42 660 de 20 de Novembro de 1959.

Emitidos os respectivos alvarás de licença, na sequência de parecer favorável pela Câmara Municipal, no âmbito dos processos de licenciamento, ao abrigo do disposto na Lei n.º 2/87, de 8 de Janeiro, foi iniciada a exploração de jogos lícitos de perícia psico-motora em observância dos condicionalismos legais aplicáveis.

4.2. Carecem, pois, de fundamento as decisões proferidas em processo de natureza contra-ordenacional, de aplicação de sanção pecuniária e de sanção acessória pelo exercício de actividade não aprovada pela Câmara Municipal.

Concluiu a decisão proferida nos autos do processo por contra-ordenação n.º 81/93 que a abertura de dependência contígua ao Bar sito no bloco B, integra "o delito de contra-ordenação previsto no n.º 1 do art. 339º do Decreto Regulamentar n.º 8/89, punido pelo n.º 28 do artº. 400º do mesmo Decreto Regulamentar".

A interdição do exercício de qualquer actividade é decretada "enquanto a mesma não for aprovada por esta Câmara Municipal, nos termos da alínea c) do art. 402º do Regulamento dos Empreendimentos Turísticos".

Não se dão por consumados os factos previstos no art. 400º, n.º 28, do citado Regulamento por não ter a reclamante utilizado classificação diferente da atribuída ao estabelecimento, não logrando, também aplicação, consequentemente, o disposto no art. 402º do decreto regulamentar.

A classificação a que se reporta o legislador tem por objecto os estabelecimentos que integram o âmbito de aplicação do regime dos empreendimentos turísticos, ao qual são alheias as salas de divertimentos manuais (v.d. art. 9º do Decreto-Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro).

A prática em causa, sobre a qual foi formulado juízo de ilicitude, traduzia o cumprimento da obrigação de afixação, em sala ou compartimento afecto à exploração de jogos, da respectiva licença (cfr. art. 34º do Regulamento Policial do Distrito de Castelo Branco).

4.4. À Reclamante foi também aplicada, no âmbito do processo de contra-

ordenação n.º 63/95, coima no montante de Esc. 15.000$00, em virtude de ter alterado "os elementos constantes no auto de vistoria e no alvará, visto que, aquando da vistoria foi obrigada a imobilizar uma porta que dava acesso ao Salão de Jogos anexo, do qual também é proprietária (retirou uma peça que imobilizava a porta e permitia que a mesma se encontrasse aberta, dando assim acesso do bar ao Salão de Jogos e vice-versa)", por ter sido praticada a infracção prevista na "alínea e) do n.º1 e n.º2 do art. 327º do Decreto Regulamentar 8/89 de 21 de Março, punida pelo n.º 49º do art. 400º do mesmo Decreto Regulamentar".

Padece a decisão proferida de vício de violação de lei porquanto, tal como as anteriores, não se alcançam quais as suas motivações de direito.

Dispõe o art. 327º do Decreto Regulamentar n.º 8/89, de 21 de Março sobre os motivos de caducidade dos alvarás de abertura, entre os quais se conta a alteração dos elementos constantes do alvará.

O artº 400º, n.º 49 do citado diploma prevê constituir contra-ordenação a "falta, em qualquer estabelecimento, de algum dos requisitos mínimos exigidos para as suas instalações pelo presente Regulamento, quer seja dos comuns a todos os empreendimentos do mesmo tipo, quer dos próprios da sua categoria, ou a sua inexactidão relativamente às especificações legais".

Cumpre-me reiterar as considerações tecidas a respeito do âmbito de aplicação do Regime dos Empreendimentos Turísticos.

Nem vejo como possa ser estabelecida conexão, nos termos pretendidos pela Câmara Municipal, entre o regime previsto no citado art. 327º e o disposto no art. 400º, n.º 49.

À tipologia legal das contra-ordenações, compreendida no art. 400º do aludido regulamento, permanece, alheia em absoluto, a verificação das circunstâncias que o legislador erigiu em fundamento de caducidade do alvará.

5. Entendo não merecer ponderação nesta apreciação a alegada interdição de exploração de jogos lícitos de perícia psico-motora nos estabelecimentos de bar, consagrada pelo Regulamento Policial do Distrito de Castelo Branco.

O eventual vício de violação de lei, por inobservância de tal disposição, determinaria, num momento prévio, a anulabilidade do acto que concedeu a licença policial de exploração de jogos lícitos no estabelecimento de bar, todavia sempre se deveria ter tal acto por convalidado por decurso do prazo maior de impugnação contenciosa.

Por terem caducado, na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 316/95 de 28 de Novembro, as normas atinentes ao regime de licenciamento policial dos jogos

de perícia psico-motora, entre as quais se conta, a que estabelecia tal proibição (art. 31º do dito regulamento), não é tal prática, no presente, desvalorada pela ordem jurídica.

6. As diversas entidades intervenientes no processo de licenciamento do estabelecimento de bar consideraram constituir os blocos A e B uma unidade funcional e com base nesses pressupostos se pronunciaram em sentido favorável à pretensão da reclamante ou fixaram condicionalismos ao funcionamento do estabelecimento de bar.

A verificação do cumprimento dos requisitos técnicos aplicáveis ao exercício daquela actividade foi efectuada em referência ao todo constituído pelos dois blocos, pelo que não podem as suas conclusões ser aceites como válidas para um espaço mais restrito, sem nova apreciação e tomada de posição pelas autoridades administrativas competentes.

As condições de exploração de um estabelecimento de bebidas divergem necessariamente em função do local de funcionamento.

O entendimento perfilhado pela Câmara Municipal de que não fora aprovada a localização do estabelecimento por referência ao bloco A, não se compadece com o sentido da autorização das demais autoridades intervenientes.

Em particular, cumpre-me fazer notar que, a ser aceite como válida a tese da existência e licenciamento de dois estabelecimentos autónomos, resultará necessariamente prejudicada a segurança no respectivo funcionamento por não dispor qualquer um dos estabelecimentos de saída de emergência.

7. Não tendo sido indeferida a localização do estabelecimento, tal como requerida, em fase inicial do procedimento, não se conhecem razões que possam legitimar a sua alteração por iniciativa da Câmara Municipal.

Os autos das vistorias de 2 e 9 de Fevereiro de 1993, promovidas para efeitos de abertura do estabelecimento de bar, nos termos previstos no art. 36º, n.º 1, al. c), do Decreto-Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 149/88, de 27 de Abril, indicam ter sido realizada minuciosa inspecção às instalações, sem que haja sido apontado inconveniente à localização.

Conquanto tenha sido imposta a adopção de pequenas adaptações, não se pronunciaram os peritos pela fixação de prazo nem pela necessidade de realização de nova vistoria para verificação do cumprimento das medidas preconizadas, nos termos previstos no artº 14º das Instruções aprovadas pela Portaria n.º 6065 de 30 de Março de 1929.

De todo o modo, assumindo a vistoria realizada em 22 de Abril de 1993 natureza complementar das anteriores, causa a maior estranheza a circunstância de a comissão haver cingido a sua apreciação ao bloco B, o que não permitiria, seguramente, apurar sobre a execução da totalidade dos trabalhos impostos, com incidência, como se demonstrou, sobre o conjunto das salas.

III
Conclusões

O erro material na expressão da vontade do órgão administrativo pode ser rectificado pelo órgão competente para a revogação do acto quando manifesto (v.d. art. 148º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro).

Entende a doutrina, em interpretação ao citado preceito, que a rectificação do acto administrativo apenas pode ter lugar quando o erro for "ostensivo, manifesto e indiscutível" (cfr. BOTELHO, José Manuel da S. Santos, ESTEVES, Américo J.Pires, e PINHO, José Cândido, Código do Procedimento Administrativo, Anotado-Comentado, Jurisprudência, Coimbra 1992, p. 457).

É a evidência do lapso cometido que leva a ter o acto como válido, mantendo-se, consequentemente, os efeitos jurídicos do acto aclarado.

No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal Administrativo: "é possível a rectificação dos actos administrativos, tendo o mesmo efeito retroactivo, desde que se trate de corrigir erros materiais cometidos na expressão da vontade real do autor do acto e que tais erros sejam facilmente detectáveis ou comprováveis através do próprio ou de elementos constantes do processo burocrático" (v.d. Ac. do S.T.A. de 16/4/1991 - Rec. n.º 27.786).

Os elementos constantes do processo administrativo de licenciamento sanitário não parecem indiciar o erro na declaração da vontade, com incidência sobre o conteúdo do acto.

As informações relativas à localização do estabelecimento antes levam a inferir pela correcta expressão da vontade da Administração.

A única nota de incoerência no procedimento traduz-se na indicação, no auto de vistoria de Abril de 1993, de que o local vistoriado corresponde ao bloco B.

Todavia, pelas razões expostas, nomeadamente por manifesta contradição com os autos de vistoria de 2 e de 9 de Fevereiro de 1993, essa circunstância não permite retirar a ilação pretendida por essa Câmara Municipal.

Na verdade, a formação da vontade da Câmara Municipal e a sua manifestação

produziu-se em sentido concordante com o do pedido que desencadeou o procedimento e com o dos actos praticados na fase preparatória do procedimento, de função instrumental e pré-ordenada à produção do acto final.

De resto, a alteração da localização requerida implicaria o indeferimento parcial do pedido e a prolação de decisão em sentido contrário à intervenção dos serviços camarários e de terceiros peritos, suscitada oficialmente na instrução do processo. Impor-se-ia, pois, à administração, ao decidir em sentido adverso à pretensão formulada e em desconformidade com o conteúdo de actos instrutórios ou procedimentais, a observância do dever de fundamentação (v.d. art. 124º do C.P.A), bem como a promoção da audiência do interessado, em momento prévio à sua prática (v.d. art. 100º do C.P.A.).

A inobservância destas normas procedimentais suporta, também, a minha convicção de que não decidiu a Câmara Municipal em desfavor da interessada.

A concessão de alvará de licença sanitária constitui um acto administrativo constitutivo de uma situação jurídica objectiva, tendo por finalidade directa e imediata a ponderação final do órgão com competência para praticar o acto que põe termo ao procedimento, não podendo o governador civil atribuir licença de abertura sem que previamente se mostre concedida a licença sanitária.

Ora, não teve quaisquer dúvidas o Governador Civil na concessão de licença policial, o que me leva , do mesmo modo, a refutar, se não a verificação de lapso, ao menos, o seu carácter manifesto.

Na hipótese de erro, sempre a ausência de fundamentação levaria a ter por inválida a concessão de licença sanitária de estabelecimento de bar por referência exclusiva ao bloco B.

Resta-me invocar a incidência do princípio da boa fé nas relações que a administração mantém com os administrados, destinado a proteger a confiança suscitada no particular pela actuação admnistrativa, a qual se mostrará lesada quando o particular possua um motivo sério para acreditar na validade do acto a que tenha ajustado a sua conduta e haja sido levado a tomar medidas em prejuízo dos seus interesses (BOTELHO, José Manuel da S. Santos, ESTEVES, Américo J.Pires, e PINHO, José Cândido, obs. cit., p. 66).

Aprovada a exploração de um único estabelecimento de bebidas no conjunto dos blocos, é aplicável à prática de jogos lícitos o horário de funcionamento do bar, nos termos previstos no artº 2º, grupo 11, al. c), do Regulamento dos Períodos de

Abertura e Funcionamento dos Estabelecimentos de Venda ao Público e de Serviços do Concelho de Castelo Branco (v.d. na redacção a que se reporta o Edital n.º 84/95).

De acordo com a motivação exposta, entendo exercer a faculdade que me é conferida pelo art. 20º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril e, como tal,

Recomendo

que a Câmara Municipal de Castelo Branco reveja a sua posição e reconheça a validade do acto de concessão de licença sanitária para exploração de estabelecimento de bar na Rua C..., blocos A e B, em Castelo Branco, e, em consequência, se abstenha de instaurar procedimento contra-ordenacional por exploração de jogos lícitos no bloco A entre as 24 horas e as 2 horas da madrugada, ou de, por qualquer meio, impedir a circulação dos clientes entre ambos os blocos ou impor restrições ou limitações à exploração praticada e aprovada.

Recomendação não acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia

374/95
Rec. n.º 16/A/98
1998.03.18

I
Exposição de Motivos

Apreciada a resposta de V. Exª à Recomendação n.º 81/A/96, remetida através do Ofício n.º 13734, de 16.12.96, entendo não se mostrarem infirmados os argumentos expendidos na referida Recomendação, pelo que venho reiterar junto de V. Exª as conclusões ali formuladas.

1. Desde logo, e ao contrário do que afirma V. Exª na resposta remetida a este Órgão do Estado, não existe identidade de objecto entre a Recomendação n.º 81/A/96 e o Recurso Contencioso n.º 658/95, cuja sentença foi proferida pelo Tribunal Administrativo de Círculo do Porto em 23.06.97, e da qual foi interposto recurso para o Supremo Tribunal Administrativo.

2. O recurso contencioso tem por objecto o acto de licenciamento de obras de 19.08.93, praticado no âmbito do processo camarário n.º 130/93, cuja nulidade o recorrente pretende ver declarada, ao passo que a recomendação se refere às obras em si, que desrespeitarão a licença de construção e, mediatamente, o alvará de loteamento, ao incluírem um aproveitamento em cave para além da mancha de implantação prevista em qualquer dos dois instrumentos.

3. Assim, a Recomendação n.º 81/A/96 não põe em causa o acto de

licenciamento de obras de 19.08.93, mas sim a execução das obras, que não se conformam com o projecto aprovado pelo referido acto de licenciamento, como é expressamente reconhecido por essa Câmara Municipal nos esclarecimentos remetidos à Provedoria de Justiça através do Ofício n.º 9573, de 15.09.95.

4. A eventual procedência do recurso em nada influirá na situação de ilegalidade das obras, a qual se apresenta como manifesta; por outro lado, a eventual improcedência do recurso também não fará cessar a ilegalidade das obras de aproveitamento em cave para além da mancha de implantação, porque elas não são objecto do recurso: se a licença for considerada válida, as obras em causa não deixarão de ser ilegais, porque desconformes com a licença.

5. Assim sendo, não se torna difícil concluir que de nada adianta esperar pela decisão final do recurso contencioso, porque a mesma em nada influirá na situação de ilegalidade em que se encontram as obras de aproveitamento em cave para além da mancha de implantação.

6. De qualquer forma, ainda que o recurso contencioso e a recomendação tivessem o mesmo objecto - o que já vimos não suceder -, o município não ficaria desobrigado, através dos seus órgãos, de exercer as competências em matéria de reposição da legalidade urbanística que o ordenamento jurídico lhes confere.

7. Nos termos do art. 29º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, a competência é irrenunciável, fundando-se esta regra na necessidade de garantir a prossecução do interesse público que norteou a sua atribuição - legal ou regulamentar - ao órgão em causa.

8. Conforme referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM"(...) o poder ou competência administrativa conferida para a prossecução das necessidades públicas (que não podem ser objecto de renúncia ou alienação) são sempre objecto de consideração e decisões primárias pela Administração Pública - que foi constitucional e legalmente estruturada em vista disso mesmo. Não pode, pois, a Administração remeter-se para um tribunal ou para um órgão supra-partes - arbitral, por exemplo - para que nele se decida em que sentido deve ser exercida uma competência administrativa. É, aliás, uma exigência nuclear da legalidade administrativa" (Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2ª ed., Coimbra, 1997, p. 192).

9. Deverá V. Exª exercer a competência que lhe é conferida pelos arts. 58º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e 53º, n.º 2, al. l), do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, articulada com o poder conferido à Câmara Municipal pelo art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

10. Assim, ao Presidente da Câmara Municipal competirá ordenar a demolição da obra executada em desconformidade com a licença de construção, se a Câmara Municipal não reconhecer que a mesma se mostre susceptível de vir a satisfazer aos requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de salubridade e segurança.

11. Ora, as obras em causa - cuja ilegalidade a Câmara Municipal expressamente reconheceu - só seriam legalizáveis através da alteração do alvará de loteamento, para o que seria necessário obter a autorização escrita de dois terços dos proprietários dos lotes abrangidos pelo alvará (art. 36º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro), coisa que o autor das obras ilegais não logrou conseguir, esgotando o prazo de 30 dias que a Câmara Municipal lhe fixara para o efeito.

12. Desta forma, parece não restar alternativa à demolição das obras em causa, pois as mesmas não se mostram susceptíveis de vir a satisfazer aos requisitos de urbanização - no caso, a observância do disposto em alvará de loteamento em vigor.

13. E esta conclusão não é afectada, como se demonstrou atrás, pela pendência de recurso contencioso da licença de construção: por um lado, não está em causa a licença de construção, mas sim a realização de obras em desconformidade com ela; por outro lado, ainda que fosse esse o objecto do recurso contencioso, por ter havido, por exemplo, decisão camarária que legalizasse essas obras, nem por isso a Câmara Municipal ou o seu Presidente estariam dispensados de exercer a competência que lhes foi conferida para salvaguarda da legalidade urbanística, atento o princípio da irrenunciabilidade da competência.

II

Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, n.º 1, al. a), do Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que V. Exª ordene a demolição da obra reclamada, na parte em que excede a mancha de implantação prevista na licença de construção e no alvará de loteamento, nos termos do art. 58º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, alterado

pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, e art. 53º, n.º 2, al. l), do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, cumprindo o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio.

Recordo, por fim, a V. Exª o dever contido no art. 38º, n.º 2, do referido Estatuto do provedor de justiça, para o qual me permito pedir a melhor atenção.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Ílhavo

R-1371/96
Rec. n.º 17/A/98
1998.03.18

I
Exposição de Motivos

1. Foi apresentada uma queixa na Provedoria de Justiça relativa à decisão que recaíu sobre um pedido de licenciamento e de legalização de obras particulares, deduzido perante V.Exa. pela sociedade comercial "B..., Lda.".

2. O referido pedido destinava-se a obter a legalização de obras de alteração já executadas nas instalações da supra referida empresa, situadas na Rua da Malhada, em Ílhavo, atento que as mesmas haviam sido realizadas em desacordo com a licença de obras concedida no Processo n.º. 1/77 da Câmara Municipal de ílhavo.

3. Visava, ainda, o citado pedido, a obtenção de licença de obras de alteração a realizar nas supra identificadas instalações.

4. Sobre este assunto foram pedidos esclarecimentos à Câmara Municipal de Ílhavo, através dos ofícios n.ºs. 10550, 14004 e 16876, respectivamente, de 24 de Junho, 16 de Agosto e 7 de Outubro de 1997.

5. Em resposta, os Ofícios n.ºs. 8352 e 10438, respectivamente, de 1 de Setembro e 4 de Novembro de 1997, vieram esclarecer, fundamentalmente, que "o projecto não mereceu aprovação por não se integrar no local, contrariando os instrumentos de ordenamento do território disponíveis para a zona" e que "o plano que abrange a área em causa é o Plano de Pormenor da zona envolvente do prolongamento da Av. 25 de Abril, não eficaz nos termos da legislação em vigor".

6. Assim, resulta claro, desde já, que a decisão que incidiu sobre o pedido de legalização e licenciamento de obras ora em causa, fez apelo de normas de planeamento urbanístico que, como reconhece a própria Câmara Municipal de ílhavo, não se encontravam em vigor, à data daquela decisão.

A
Dos Factos

7. As supra referidas diligências instrutórias permitiram apurar os seguintes factos:

8. Em 21.02.95, "B... Lda." requereu a aprovação de um projecto de arquitectura, junto da Câmara Municipal de ílhavo, com vista à remodelação das instalações da supra referida empresa, situadas na Rua da Malhada, em Ílhavo - Proc. n.º. 493/95.

9. As obras a licenciar consistiam em:

"1. Abertura de vão na fachada Nascente para colocação de um portão de acesso à estação de serviço; 2- Construção de um pano de parede por forma a isolar aquela estação de serviço da zona oficinal; 3 - Revestir o pavimento da zona de oficina com tijoleira anti-derrapante; 4- Revestir o pavimento do pátio com pedra-de-chão; 5 - Construir vedação do terreno (...) 6 - Construir o muro de vedação, para a Rua da Malhada (...) 7 - Substituição de algumas louças das instalações sanitárias; 8 - Beneficiação geral de todas as instalações com limpezas, pinturas, tanto pelo exterior como pelo interior, bem como outros trabalhos julgados necessários ao bom desempenho das funções desta oficina; 9 - Revestimento parcial da fachada principal com chapa de aço trapezoidal lacada, bem como de um "pano" de fachada Nascente".

10. Por seu turno, as obras a legalizar traduziam-se em obras de ampliação a tardoz, na frontaria e a poente do pavilhão existente.

11. Através da Informação n.º. DTOU/MP9503/M 548, é proposto o indeferimento da pretensão, pelos serviços dessa Câmara Municipal, com os seguintes fundamentos: "1)Do ponto de vista urbano é inconveniente a localização da actual oficina sendo de prever que a prazo a C.M.I. tenha encargos com a sua remoção. 2) Por outro lado o local tende a ser ocupado com a habitação na envolvente o que reforça o seu desenquadramento urbano tendo em atenção o tipo de poluição que estabelecimentos desta natureza originam".

12. Submetida a citada proposta a Sessão de Câmara, foi deliberado, em 05.04.95, por unanimidade, "fazer baixar aos serviços para análise".

13. Pela Informação DTOU/NM950418 795 é proposto o indeferimento do pedido, ao abrigo das alíneas a) e d) do n.º. 1, do art. 63º do Regime de Licenciamento Municipal de Obras Particulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º. 250/94, de 15 de Outubro, em virtude de se considerar:

"1. É inconveniente qualquer tipo de ampliação/remodelação da oficina existente, já que contraria a previsão do Plano da zona envolvente do prolongamento

da Av. 25 de Abril para poente, aprovado pela Câmara e pela Assembleia Municipal, e que prevê a remoção deste estabelecimento para local mais adequado em termos urbanos e a integração do espaço na área do Parque da Cidade.

2. O PGU de Ílhavo, com base no qual foi elaborado o PP referido em 1, bem como o PDM, integram este espaço na estrutura verde principal da cidade".

14. Em 26.04.95, a Câmara Municipal de Ílhavo deliberou, por unanimidade, "indeferir de acordo c/ a Inf. (Informação DTOU/NM950418 795), que aqui se dá por integralmente transcrita".

15. Pelo Ofício n.º. 3507, a requerente foi notificada da decisão do seu pedido de legalização e de licenciamento de obras.

16. No Ofício n.º. 10438, a Câmara Municipal de Ílhavo informa que "o plano que abrange a área em causa é o Plano de Pormenor da zona envolvente do prolongamento da Av. 25 de Abril, não eficaz nos termos da legislação em vigor".

B
Do Direito

17. Os pedidos de licenciamento de obras podem, e aliás devem, ser indeferidos quando se verificar alguma das circunstâncias previstas no n.º. 1 do art. 63º do Regime de Licenciamento Municipal de Obras Particulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 445/91, de 20 de Novembro, na redacção do Decreto-Lei n.º. 250/94, de 15 de Outubro.

18. A legalização da obra não se distingue, grosso modo, do licenciamento da mesma. Com efeito, apresentado pedido de legalização da obra não se vislumbram razões diversas para o seu indeferimento e, do mesmo modo, a autorização a conceder deve pautar-se pelo respeito pelas regras urbanísticas e procedimentais em vigor.

19. Quero com isto dizer que o licenciamento-legalização da obra não poderá deixar de respeitar os parâmetros legais e regulamentares e de acautelar os direitos dos particulares que possam ser afectados pela obra.

20. O pedido de licenciamento e de legalização apresentado foi objecto da deliberação da Câmara Municipal de Ílhavo, de 26.04.95, a qual, mediante concordância com os fundamentos da Informação DTOU/NM950418 795, indeferiu aquele pedido, ao abrigo do disposto nas alíneas a) e d) do n.º. 1, do art. 63º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º. 250/94, de 15 de Outubro.

21. Mais concretamente, a Câmara Municipal de Ílhavo indeferiu o pedido invocando a sua desconformidade com instrumentos de planeamento territorial, válidos nos termos da lei - alínea a) do n.º. 1 do citado art. 63º - e a inadequada inserção da obra no ambiente urbano - alínea d) do n.º. 1 do mesmo preceito.

22. Quanto ao primeiro fundamento do acto de indeferimento, qual seja a desconformidade da obra com instrumentos de planeamento territorial, válidos nos termos da lei, o acto referia a desconformidade da obra com o "Plano da Zona envolvente do prolongamento da Av. 25 de Abril para poente, aprovado pela Câmara e pela Assembleia Municipal".

23. Posteriomente, a Câmara Municipal de ílhavo veio informar que se tratava do "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril".

24. Ora, a elaboração, aprovação e ratificação dos planos municipais de ordenamento do território é regulada pelo disposto no Decreto-Lei n.º. 69/90, de 2 de Março, com a redacção dos Decretos-Lei n.ºs. 211/92, de 8 de Outubro e 155/97, de 24 de Junho.

25. Nos termos do art. 3º do citado Decreto-Lei n.º. 69/90, a elaboração de um Plano de Pormenor cabe à Câmara Municipal, competindo a sua aprovação à respectiva Assembleia Municipal.

26. No caso vertente, o Plano de Pormenor em causa foi, efectivamente, elaborado e aprovado pelos órgãos competentes.

27. Acontece que, além de estar sujeito a ratificação quando não haja Plano Director Municipal ou Plano de Urbanização plenamente eficaz, os Planos de Pormenor estão sempre sujeitos a registo na actual Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano, anterior Direcção-Geral do Ordenamento do Território, por força dos artºs. 17º, n.º. 1 e 3º, n.º. 5, do Decreto-Lei n.º. 69/90, de 2 de Março, com a redacção dos Decretos-Lei n.ºs. 211/92, de 8 de Outubro e 155/97, de 24 de Junho.

28. Acresce que, nos termos previstos no n.º. 2 e 5 do art. 18º do mesmo diploma, os referidos Planos de Pormenor estão sempre sujeitos a publicação no Diário da República e só entram em vigor na data daquela publicação, a qual constitui, assim, condição de eficácia dos mesmos Planos.

29. Aliás, a Constituição, no seu art. 119º, n.º. 2, comina com a ineficácia a falta de publicidade de "qualquer acto de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local", sendo certo que os planos municipais têm a natureza de regulamentos administrativos das autarquias locais (cfr. art. 4º do citado Decreto-Lei n.º. 69/90).

30. Se a ineficácia daqueles actos não afecta a sua validade, impede a respectiva oponibilidade e obrigatoriedade relativamente a terceiros (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, anotação ao art. 122º, pág. 551).

31. O "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril", tendo sido aprovado pela Assembleia Municipal de Ílhavo, não foi objecto de publicação, pelo que é ineficaz, nos termos expostos e como reconhece a Câmara Municipal de Ílhavo no Ofício n.º. 10438.

32. O referido plano municipal de ordenamento do território não produz quaisquer efeitos, nos termos legais.

33. Assim, o pedido de licenciamento e de legalização não poderia ser indeferido, como foi, por, alegadamente, a respectiva obra ser desconforme com o "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril".

34. Com efeito, só seria relevante, para efeitos de aplicação da segunda parte

da alínea a) do n.º. 1 do art. 63º do Regime do Licenciamento Municipal de Obras Particulares, a desconformidade da obra em causa com instrumento de planeamento territorial em vigor.

35. A este entendimento não obsta o facto de a alínea a) do n.º. 1 do art. 63º do citado regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 445/91 apenas se referir a "instrumentos de planeamento, válidos" (sublinhado nosso), não exigindo, expressamente, que os mesmos instrumentos sejam eficazes.

36. Na verdade, quando a lei se refere a desconformidade com instrumentos de planeamento, pressupõe que estes são juridicamente eficazes, caso contrário, aqueles instrumentos, na realidade, não existem enquanto instrumento de planeamento territorial, uma vez que não produzem os seus efeitos típicos.

37. Com efeito, "Para além de "válidos nos termos da lei", é necessário que os instrumentos de planeamento sejam juridicamente eficazes para que as respectivas normas possam constituir fundamento de indeferimento dos pedidos de licenciamento" - cfr. Legislação Fundamental do Direito do Urbanismo, Anotada e Comentada, Volume II, António Duarte de Almeida, pág. 971.

38. Não obstante colocar o acento tónico na validade dos instrumentos de planeamento territorial, a lei pretende referir, antes de mais, instrumentos de planeamento territorial que existam e produzam efeitos enquanto tais e sejam, portanto, eficazes.

39. É, pois, de concluir que o pedido de licenciamento e de legalização em causa não poderia ter sido indeferido com base na desconformidade da obra com "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril", atento que este era ineficaz.

40. Por outro lado, será de salientar que, também não se revela correcta a aplicação, ao caso concreto, da alínea d) do n.º. 1 do art. 63º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 445/91, realizada pelo acto administrativo sub judice.

41. A citada norma determina o indeferimento de pedidos de licenciamento de obras quando seja afectada a estética das povoações, a adequada inserção no ambiente urbano ou a beleza das paisagens.

42. A este propósito só encontramos referência, no acto em causa, ao facto de o plano de pormenor para o local prever a "remoção deste estabelecimento para local mais adequado em termos urbanos".

43. Ora, em primeiro lugar, o pedido apresentado à Câmara Municipal de Ílhavo respeitava a meras obras de alteração e ampliação de um edifício cuja construção e respectiva utilização se supõe, à luz das informações prestadas, já se encontrarem

devidamente licenciadas.

44. O que a Câmara Municipal de Ílhavo parece entender como inconveniente, do ponto de vista de inserção urbana, não são as obras de alteração e ampliação objecto do pedido de licenciamento, mas o estabelecimento no seu conjunto.

45. A ser assim, será de frisar que a utilização do edifício, já devidamente licenciada, e que a Câmara Municipal entende como inconveniente do ponto de vista de inserção urbana, não pode, nesta sede, ser posta em causa, porquanto o pedido respeita, tão só, às referidas obras de alteração e ampliação.

46. Com efeito, o direito à utilização do edifício sito na Rua..., em Ílhavo, como oficina da empresa "B...Lda.", constitui um direito adquirido no âmbito do procedimento administrativo dirigido ao licenciamento daquela utilização.

47. Acresce, por outro lado, que o acto de indeferimento não se fundou, apenas, no que foi entendido como uma inconveniente inserção urbana da obra em causa, mas teve por base, ainda neste aspecto, o disposto nas normas do "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril" que previam "a remoção deste estabelecimento para local mais adequado em termos urbanos".

48. Resulta claro, pois, que este segundo fundamento do acto de indeferimento se reconduz, não apenas ao disposto na alínea d) do n.º. 1 do art. 63º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 445/91, mas, afinal, também, à violação de normas do referido Plano de Pormenor.

49. E, como já se clarificou antes, o acto de indeferimento não se podia fundamentar em normas do "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril", porquanto este era ineficaz.

50. Ao indeferir um pedido de licenciamento e de legalização com base num Plano de Pormenor ineficaz, o acto de indeferimento incorreu em manifesto erro de direito e enferma do vício de violação de lei, na medida em que se fundou numa circunstância não prevista no elenco taxativo dos n.ºs. 1 e 2 do art. 63º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 445/91, com a redacção do Decreto-Lei n.º. 250/94.

51. O acto da Câmara Municipal de Ílhavo, praticado em violação da lei, é sancionado pela anulabilidade, de acordo com art. 135º do Código de Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei 442/91, de 15 de Novembro, e alterado pelo Decreto-Lei 6/96, de 31 de Janeiro), considerando que nenhuma norma comina a violação dos n.ºs. 1 e 2 do citado art. 63º com a nulidade.

52. A verdade, porém, é que a anulabilidade de que enfermava o acto já se

sanou, uma vez que o mesmo foi praticado em 26.04.95 e já decorreu o prazo para a interposição do respectivo recurso contencioso, sem que, de acordo com os elementos disponíveis, tenha sido revogado nos termos do art. 141º do Código de Procedimento Administrativo ou impugnado contenciosamente perante os tribunais competentes.

53. No entanto, a conclusão de que aquele acto se encontrava viciado é de manifesto interesse, até porque nada impede que o requerente apresente pedido de licenciamento e de legalização exactamente igual ao que foi objecto de acto de indeferimento praticado pela Câmara Municipal de Ílhavo, sendo certo que o referido "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril" ainda não foi publicado, até esta data, e consequentemente, ainda não se encontra em vigor, nos termos descritos.

54. Além de que, a conclusão é fundamental para salvaguardar os direitos e interesses legítimos de todos os que apresentem, perante a Câmara Municipal de Ílhavo, pedidos de licenciamento de obras relativamente à área abrangida pelo plano de pormenor ineficaz - "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril".

II
Recomendação

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1, CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são conferidos pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do provedor de justiça), no seu art. 20º, n.º 1, alínea a), e, como tal,

Recomendo

1º. Que a Câmara Municipal de Ílhavo se abstenha de aplicar as normas do "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril" aos pedidos de licenciamento de obras ou de alteração ao uso fixado em licença de utilização que lhe sejam apresentados, uma vez que o referido Plano de Pormenor é ineficaz.

2º. Que a apreciação dos referidos pedidos de licenciamento tenha, apenas, em conta, além das demais normas legais e regulamentares aplicáveis, os instrumentos de planeamento urbanístico para que remete a alínea a) do n.º. 1 do art. 63º do Regime do Licenciamento Municipal de Obras Particulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º. 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção do Decreto-Lei n.º. 250/94, de 15 de Outubro, ou seja, os instrumentos de planeamento territorial que se encontrem efectivamente em vigor e que sejam válidos nos termos da lei.

3º. A notificação da empresa "B...Lda.", requerente do pedido de licenciamento e legalização de obras, no Proc. n.º. 493/95, informando-a que, caso apresente novo e idêntico pedido, o mesmo será apreciado à face dos instrumentos de planeamento territorial em vigor e demais normas legais e regulamentares aplicáveis e não à luz do "Plano de Pormenor da Zona Envolvente do Prolongamento da Av. 25 de Abril", o qual esteve na base do indeferimento do citado Proc. n.º. 493/95.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Viana do Castelo

R-217/96
Rec. n.º 18/A/98
1998.03.18

I
Exposição de Motivos

1. Pelo Sr... foi dirigida reclamação a este Órgão do Estado na qual alegava a invalidade do acto de legalização das obras efectuadas pelo Sr. J... no logradouro do prédio sito na freguesia da Meadela, nesse concelho.

2. Reportava-se a citada invalidade ao desrespeito das exigências contidas no Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, em matéria de altura das edificações e de distância relativamente aos prédios vizinhos (art. 59º), e à inobservância dos limites impostos pelo Regulamento do Plano Director Municipal de Viana do Castelo (Diário da República, 2ª série, n.º 301, de 31.12.1991), quanto à área edificável em logradouros (art.16º, n.º 7).

3. Quanto ao primeiro aspecto concluiu a instrução que o acto de legalização de 26.8.94 se mostrava inválido por desrespeito da exigência regulamentar contida no art. 73º do RGEU, porquanto entre as janelas existentes na habitação do queixoso e as obras contestadas apenas distam 2,60m, quando o preceito em questão estabelece uma distância mínima de 3 metros entre as fachadas das edificações, numa das quais existam vãos de compartimentos de habitação, e qualquer muro ou fachada fronteiros.

4. Não obstante, tratando-se de uma decisão inválida por vício de violação de

lei, encontrar-se-ia, à data, o acto convalidado por efeito do decurso do prazo para interposição de recurso contencioso de anulação.

5. Certo é que o desrespeito da citada norma, constituiu a Câmara Municipal de Viana do Castelo em responsabilidade pelos prejuízos infligidos ao reclamante e mais censurável se mostrava uma vez que, no momento da legalização, se encontrava pendente a reclamação do Sr. M..., na qual era expressamente referida esta questão.

6. Já quanto à questão dos índices de construção consentidos para o lote em causa, nada foi referido por V. Exa. no decurso da instrução. Não obstante, pode concluir-se da documentação junta à reclamação que em 20.7.94, por despacho do Exmo. Vereador de Planeamento e Gestão Urbanística, havia sido indeferido o pedido de legalização uma vez que a área dos anexos existentes e construídos antes da entrada em vigor do Plano Director Municipal de Viana do Castelo excedia largamente os índices previstos no respectivo Regulamento.

7. Foi esta, para mais, a posição assumida por essa Câmara Municipal em resposta ao pedido de esclarecimento da questão formulado pela Inspecção-Geral da Administração do Território.

8. Todavia, em 26.8.94, o Exmo. Vereador do Planeamento e Gestão Urbanística, na sequência de uma entrevista concedida ao requerente e da reapreciação do processo, conclui que correspondendo a área dos anexos a legalizar a 9 m2 os índices de construção não seriam excedidos.

9. Assim, expressamente revogado o anterior despacho de indeferimento, veio a ser deferida a legalização dos anexos destinados a arrumos e a área de lavagem de roupa, quando a área dos anexos já existentes perfazia cerca de 77 m2. Este valor excede largamente os 50 m2 que no art. 16º, n.º 7, do Regulamento do Plano Director Municipal de Viana do Castelo, se estabelece como o limite máximo da área do lote ou propriedade susceptível de ser ocupada com anexos.

10. A decisão em análise permitiu, assim, a violação simultânea de quanto dispõem os n.ºs 7 e 8 do art. 16º do citado instrumento de planeamento territorial. Aos 50m2 que a primeira destas disposições aponta como área máxima a ser ocupada com anexos, acresce no n.º 8 a proibição sistemática e integral de ocupação de logradouros com edificação.

11. Verifica-se que a decisão ora contestada permitiu uma ocupação do logradouro muito superior aquela que o Regulamento entende aceitável em espaços urbanos, designadamente, para evitar uma excessiva infra-estruturação e concentração de edifícios.

12. À violação do disposto em normas de planeamento urbanístico entendeu o

legislador atribuir um desvalor particularmente gravoso, qual seja, o da nulidade do acto de licenciamento ou de legalização das obras. Dispõe o art. 52º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, que são nulos os actos administrativos que decidam pedidos de licenciamento, no âmbito do diploma, em violação do disposto em plano municipal de ordenamento do território.

13. Aplicar-se-á, por analogia, aos procedimentos de legalização sumariamente previstos no art. 167º do RGEU a disciplina contida no regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares, pelo que de igual desvalor jurídico padece o acto de licenciamento prévio e o acto de legalização de obras particulares que infrinja a disciplina contida em instrumento de planeamento territorial.

14. Com efeito, a legalização de obras é materialmente um acto de licenciamento, porquanto a Câmara Municipal apenas pode permitir a subsistência na ordem jurídica das construções se estas se conformarem com os condicionamentos jurídico-urbanísticos que condicionam a aprovação dos projectos respectivos (art. 17º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro).

15. Neste sentido estabelece o art. 167º do RGEU que a demolição só poderá ser evitada desde que as obras sejam susceptíveis de vir a satisfazer aos requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade. Uma obra formalmente ilegal, por ausência de título de licenciamento, apenas poderá ser legalizada se for susceptível de se conformar com as normas técnicas e urbanísticas que constituem o parâmetro aferidor da validade do acto de licenciamento. Ora esta apreciação apenas poderá ser feita no âmbito do licenciamento.

16. Não é possível às câmaras municipais formular um juízo sobre a conformidade legal das obras com desconhecimento do respectivo projecto e dos demais elementos que acompanham o pedido de licenciamento, porquanto, materialmente, a única diferença existente entre licenciar e legalizar é a existência da obra. E esta circunstância facilita mesmo a tarefa da entidade licenciadora, porquanto não terá que realizar "uma prognose sobre o desenvolvimento futuro da situação. O facto de a obra estar concluída permite, por exemplo, fazer um juízo bastante mais objectivo sobre os aspectos relativos à estética urbana, nomeadamente no que se refere à inserção da construção na sua envolvente" (MONTEIRO, Cláudio, O embargo e a

demolição de obras no direito do urbanismo, FDL, 1995, p. 152).

17. Não se pode, pois, estabelecer diferenças entre o regime do acto de licenciamento prévio e o regime do acto de licenciamento ex post ou de legalização. Outra solução não consente a necessária coerência do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da igualdade. Não se afigura possível que o requerente do pedido de licenciamento de obras particulares se encontre sujeito a uma disciplina jurídica mais rigorosa e veja condicionado em maior grau o seu "jus aedificandi", do que aquele que infringindo a lei constrói sem licença, crendo na sua legalização benevolente.

18. O conteúdo do "jus aedificandi", em qualquer dos casos, é conformado pelas normas legais e regulamentares relativas à construção, com especial relevância para os instrumentos de planeamento urbanístico, pelo que o regime a aplicar será o mesmo tratando-se de licenciamento prévio ou *ex post*. De outra forma estar-se-ia a premiar o proprietário infractor que em ofensa ao interesse público que dita a existência de uma disciplina jurídica respeitante às formas possíveis de intervenção e utilização dos solos para fins de urbanização e de construção, viola o princípio do licenciamento prévio.

20. E, em especial, no que respeita ao desvalor a atribuir aos actos administrativos referentes a obras de construção que violem o disposto em planos de ordenamento do território, não há qualquer fundamento para entender que o acto de licenciamento prévio que ofenda o disposto em em tais regulamentos seja nulo (art. 52º, n.º, alínea b), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91), e apenas anulável, com fundamento na regra geral respeitante à invalidade dos actos administrativos (art. 134º do Código do Procedimento Administrativo), o acto de legalização ofensivo da mesma ou de outra disposição daqueles instrumentos de planeamento.

21. O legislador entendeu como primordial,þ ao determinar o grau de invalidade do acto administrativo que infringe a disciplina urbanística contida nos planos, o "interesse público de respeito da legalidade vigente", na sua vertente objectiva, e não o interesse público da estabilidade e certeza nas relações entre os particulares e a Administração, o qual dita, por razões de certeza e segurança, que ao fim de certo tempo os actos sejam inatacáveis.

22. Assim se justifica que um acto que viole um plano de ordenamento do território "não seja susceptível de ser sanado pelo decurso do tempo, de modo a não comprometer gravemente o correcto ordenamento do território em termos da ocupação, uso e transformação do solo por ele estabelecido" (ALMEIDA, António Duarte

de, ob. cit., p. 706).

23. O privilégio conferido à tutela da legalidade urbanística em detrimento da tutela da confiança dos administrados não isenta a Administração da responsabilidade pela concessão de licenças nulas ou da necessária ponderação das situações de facto constituídas ao abrigo de actos nulos e relativamente às quais haverá que ponderar os interesses de terceiros de boa-fé (art. 134º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo).

24. Pelas razões expostas, não procede a argumentação expendida por V. Exa. para justificar o arquivamento do processo de reclamação. Invoca V. Exa. como fundamento para tal decisão a consolidação, por efeitos do decurso do tempo, do acto de legalização das obras (despacho de 20.07.1994, do Exmo Vereador da Área de Planeamento e Gestão Urbanística), pelo que seria o mesmo insusceptível de revogação, encontrando-se, assim, obstaculizada a ordem de demolição.

25. Sendo nulo tal despacho, deve a Câmara Municipal de Viana do Castelo declará-lo como tal (art. 134º, n.º 2, do CPA) e dessa declaração extrair os respectivos efeitos. Deixando as construções de se encontrar fundadas no acto de legalização e por serem materialmente ilegais, porquanto não respeitam a disciplina técnica e urbanística, não podem subsistir, nada mais restando à Câmara Municipal que ordenar a respectiva demolição (arts. 165º e 167º do RGEU, e art. 58º, n.º 1, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91).

II
Conclusões

Em face do exposto e no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para prevenção e reparação das injustiças e ilegalidades (artº 23º, n.º 1, da CRP),

Recomendo

1º Que, nos termos do disposto no art. 134º, n.º 2, do Código do procedimento Administrativo, seja declarada a nulidade do despacho de 20.07.1994, do Exmo Vereador da Área de Planeamento e Gestão Urbanística que legalizou as construções;
2º Que seja instaurado o procedimento de demolição das obras, com fundamento em quanto se dispõe no art. 58º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, e aplicação do regime contido no Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Torres Novas

R-2699/92
Rec. n.º 19/A/98

I
Exposição de Motivos

1. Com base em reclamação, foi organizado e instruído processo a respeito da intervenção das autoridades administrativas quanto à invocada incomodidade causada pelo ruído proveniente do funcionamento da instalação de refrigeração de uma empresa, sita em Riachos, Torres Novas.

2. Não obstante a queixa ter sido apresentada em 26/10/92 (quando haviam já sido desenvolvidas diligências no sentido de repor a legalidade urbanística), a situação reclamada ainda apresenta as mesmas características similares de incomodidade às que motivaram a reclamação inicial.

3. A instrução do presente processo permitiu, à partida, dar por verificada a procedência da queixa dirigida ao provedor de justiça. Com efeito, o funcionamento da instalação de refrigeração da empresa, provocava - como ainda provoca - ruído a níveis incomodativos, sem que as autoridades de polícia administrativa tenham adoptado providências adequadas para o fazer conformar com os padrões regulamentares.

4. Ainda em 1993, a G.N.R.-Guarda Nacional Republicana, através do ofício n.º 107/SEC, da Secção Territorial de Torres Novas, dava conta da produção de ruído a níveis incomodativos e da realização, pela empresa reclamada de obras de insonorização.

5. A sociedade, responsável pela actividade, reconheceu a necessidade de assegurar uma melhoria nas condições de isolamento acústico da instalação ruidosa, designadamente "no condensador evaporativo através da instalação de um atenuador de som, nos ventiladores, com o fim de reduzir a propagação.

6. Em 14/07/92, foi realizado, pelo Centro de Coordenação Distrital de Protecção Civil de Santarém, exame de medição acústica na residência do reclamante. Foi observado, então, que o grau de incomodidade se situava em 11,0 dB (A).

7. Em 05/07/93, o Instituto de Soldadura e Qualidade realizou, também na

residência do reclamante, um ensaio de medição do ruído cujo resultado determinou uma diferença entre o nível sonoro equivalente do ruído perturbador (Leq) e o nível sonoro do ruído de fundo, excedido em 95 % do tempo (L95), da ordem de 14,2 db (A).

8. Uma vez que, nos termos da alínea a), do n.º 1, do art. 20º, do Regulamento Geral sobre o Ruído (abreviadamente R.G.R.), aprovado pelo Decreto-Lei 251/87, de 24 de Junho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 292/89, de 2 de Setembro, a diferença entre o ruido perturbador e o ruído de fundo não pode exceder os 10 dB (A), os valores encontrados excediam os níveis legalmente permitidos.

9. Pese embora outras entidades terem tido intervenção neste processo - designadamente o Governo Civil do Distrito de Santarém, a Administração Regional de Saúde de Santarém, a Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais de Lisboa e Vale do Tejo e a Direcção-Geral das Pescas (enquanto entidade licenciadora da actividade da industria transformadora do pescado em terra) - dirijo a presente recomendação a V.Exa., Senhor Presidente, porquanto o mero exercício das competências próprias da Câmara Municipal de Torres Novas poderia ter evitado o arrastamento da situação. Para além dos aspectos ambientais descritos, os factos não deixam de revelar uma problemática urbanística em matéria estritamente dependente dos poderes camarários.

10. Na verdade, em 12/05/97, a Câmara Muncipal de Torres Novas, questionada sobre a utilização licenciada para o edifício da empresa e sobre a autorização relativa ao aparelho de refrigeração, informou este Órgão do Estado que "não houve qualquer licenciamento para o edifício em questão, bem como não houve autorização para a instalação de refrigeração (...)" (Cfr. ofício n.º 1399)

11. A intervenção da Câmara Municipal de Torres Novas no âmbito das competências relativas ao licenciamento municipal de obras particulares permitirá comprovar a conformidade do edifício em questão com os requisitos técnico-funcionais legalmente impostos.

12. Com efeito, é da competência das câmaras municipais o licenciamento das obras de construção civil, designadamente de edifícios novos, reconstruidos, reparados, ampliados ou alterados ou das suas fracções autónomas, bem como a concessão das respectivas licenças de utilização (Cfr. art.s 1ºe 26º, n.º 1, do Regime de Licenciamento das Obras Particulares).

13. A ocupação de edifício em relação ao qual inexista licença de utilização configura, em princípio, uma contra-ordenação, nos termos do disposto na alínea c), do n.º 1, do art. 54º, do Regime de Licenciamento de Obras Particulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º

250/94, de 15 de Outubro.

14. A contra-ordenação referida, além de dar lugar ao pagamento de coima, sujeita a despejo administrativo os ocupantes das edificações ou das fracções autónomas utilizadas sem as respectivas licenças (Cfr. art. 165º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 44.258, de 31 de Março de 1962).

15. A circunstância de a utilização do edifício não se encontrar licenciada significa, acrescidamente, que não foi realizada análise especifica do cumprimento das disposições do R.G.R.

16. Com efeito, o diploma aprovado pelo Decreto-Lei 251/87, de 24 de Junho e, posteriormente, alterado pelo Decreto-Lei n.º 292/89, de 2 de Setembro, prevê que a verificação da conformação dos requisitos técnicos dos edifícios -tanto dos destinados a habitação, como daqueles onde se exerçam actividades industriais, comerciais ou de serviços -com as pertinentes normas de isolamento acústico, ocorra no respectivo processo de licenciamento municipal.

17. Nos termos do disposto art. 2º, do R.G.R., a construção de edifícios, a laboração de indústrias, comércio e serviços, o tráfego (rodoviário, ferroviário e aéreo) e a sinalização sonora, são as actividades compreendidas no âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho (Cfr. alíneas a) a f), do art. 2º).

18. Mas, em extensão, o Decreto-Lei n.º 251/87 submete à sua disciplina todas as "actividades geradoras de ruído ,...) que possam causar incomodidade" (Cfr. n.º 1, do art. 20º), pelo que, ainda que não licenciadas ou licenciáveis, as actividades geradoras de incomodidade pelo ruído provocado devem sujeitar-se às condições técnicas impostas para o respeito das imposições do R.G.R..

19. Esta disposição, contida no art. 20º, integrada no capítulo relativo às actividades ruidosas, define os requisitos a que deve obedecer o licenciamento de quaisquer actividades ruidosas.

20. O limite sonoro máximo permitido é de 10 dB (A), uma vez que, nos termos da alínea a) deste art. 20º, a diferença entre o valor do nível sonoro contínuo equivalente, corrigido do ruído proveniente dos locais em questão, e o valor do nível sonoro do ruído de fundo, que é excedido, num período de referência, em 95% da duração deste (L95), deve ser inferior ou igual aquele valor.

21. O Decreto-Lei n.º 292/89, de 2 de Setembro, embora alterando a redacção

dos art.s 20º e 21º, manteve o limite de 10 dB (A).

22. Não obstante, a nova redacção do n.º 2 do art. 20º introduziu uma presunção "*juris tantum",* nos termos da qual a licença ou a imposição de condicionalismos para a realização de actividades ruidosas presume-se concedida sob condição de respeito por aquele limite.

23. Acrescidamente, o art. 21º, dispondo sobre actividades ruidosas em geral, dispõe que só devem ser autorizadas nas proximidades de edifícios de habitação, escolares, hospitalares ou similares e de estabelecimentos hoteleiros e meios complementares de alojamento, quando:

a) Seja respeitado o limite sonoro máximo de 10 dB (A);

b) Ocorra a sua suspensão

- entre as 22,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, de domingo a quinta-feira;
- entre as 24,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, à sexta-feira, ao sábado e nas vésperas de dias feriados.

24. O n.º 3 do art. 200 determina que incumbe às entidades competentes para o licenciamento ou autorização, ouvidas as entidades fiscalizadoras, a imposição, expressamente e a título excepcional, dos condicionamentos tendentes ao cumprimento das imposições do R.G.R.

25. O edifício da empresa, sito em Riachos, Torres Novas, não foi licenciado, nem dispõe, consequentemente, de licença de utilização.

26. A instalação do aparelho de refrigeração não foi, da mesma forma, autorizada.

27. Uma vez que não ocorreu licenciamento municipal, não houve prévia verificação da conformação dos requisitos técnicos do edifício com as pertinentes normas de isolamento acústico, nos termos do regime instituido pelo R.G.R.

28. Por outro lado, mesmo não tendo sido organizado processo de licenciamento, a actividade ruidosa é fiscalizada, em especial para verificar se éultrapassado o limite sonoro de 10 dB (A) e se ocorre a sua suspensão entre as 22,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, de domingo a quinta-feira, e entre as 24,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, à sexta-feira, ao sábado e nas vésperas de dias feriados.

29. A mesma fiscalização (de actividade ruidosa) éainda assegurada, independentemente da questão da ultrapassagem do limite de 10 dB (A), por forma a verificar se provoca, no caso concreto, incomodidade para terceiros.

30. Resulta, pois, que o edifício em causa não reúne as condições indispensáveis para a utilização que a empresa lhe vem dando.

31. Nessa conformidade, o ruído produzido para o exterior do edifício provoca grave incomodidade, designadamente para os moradores dos edifícios vizinhos, como foi possível constatar dos exames de medição acústica.

32. Por outro lado, não só o edifício em causa não foi construído com precedência de processo de licenciamento camarário (e não dispõe, por esse facto, da necessária licença de utilização) como, da mesma forma, a instalação do aparelho de refrigeração que provoca incomodidade acústica não foi autorizada.

33. Não obstante o que ficou dito, pode a situação de ilegalidade vir a ser regularizada, nos termos do disposto no art. 167º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, caso se reconheça que o edifício pode vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares aplicáveis. Em tal caso, e ao abrigo da citada disposição, poderá condicionar-se a deliberação favorável por parte da Câmara Municipal, ao cumprimento das pertinentes exigências legais e regulamentares.

34. Caso verifique que não é susceptível de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares aplicáveis, a Câmara Municipal de Torres Novas deve promover o despejo do edifício, por estar a ser utilizado sem a necessária licença de utilização.

II
Conclusões

De acordo com as razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 200, n.º1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a Câmara Municipal de Torres Novas promova, nos termos do disposto no art. 1670, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, processo de regularização da situação jurídico-urbanística do edifício sito em Riachos, Torres Novas, da empresa...

B.Que, caso o edifício não seja susceptivel de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares aplicáveis, a Câmara Municipal de Torres Novas promova, nos termos do disposto no art. 165º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, o despejo do referido edifício, em virtude daquele estar a ser utilizado sem dispor da necessária licença de utilização.

Permito-me, ainda, recordar a V.Exa. que a presente Recomendação, nos termos do artº 38º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,constitui V.Exa. no dever de comunicação a este Órgão do Estado da posição que a Câmara Municipal de Torres Novas vier a assumir em face das respectivas conclusões dentro dos 60 próximos dias.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
a Ministra do Ambiente

R-56/97
Rec. n.º 20/A/98

1. Tenho a honra de me dirigir a Vossa Excelência por motivo das conclusões que formulo no termo da instrução de um processo relativo ao licenciamento industrial de uma unidade de recuperação de fibras celulósicas nas freguesias de Branca e Ribeira das Fráguas, em Albergaria-A-Velha.

2. Verifico, precedendo audição da Direcção-Geral do Ambiente e da Delegação Regional-Centro do Ministério da Economia ter Vossa Excelência homologado parecer desfavorável ao Estudo de Impacto Ambiental apresentado pela RECIFEL- Recuperação de Fibras Celulósicas, Lda., com principal fundamento na insuficiência da informação carreada pelo estudo, o qual, de acordo com posição anterior da Comissão de Avaliação fora objecto de reformulação.

3. Observo, contudo, ter o despacho sido proferido por Vossa Excelência em 17.01.1996, facto que condiciona a sua eficácia, uma vez que, de acordo com o disposto no art. 5º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho, se presume favorável a posição sobre o estudo, decorridos que se encontrem 120 dias, ainda que prorrogável tal prazo por mais 30 dias. Nesta última hipótese o termo do prazo teria sido o de 21.12.1995.

4. Na data citada já os prazos se encontravam expirados, e se é certo que o parecer desfavorável homologado veio ainda a ser transmitido, não menos certo se mostra que, em tais circunstâncias, fica o órgão competente para aprovar o licenciamento desobrigado dos especiais deveres de controlo referidos no art. 60 do Decreto regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro. Cumpre-lhe, em todo o caso, ponderar na decisão as razões que levem as autoridades ambientais a conceder parecer desfavorável, quanto mais não seja por exigência constitucional do art. 660. Apesar disso, a intervenção neste plano perde boa parte dos seus objectivos com assinalável prejuízo dos recursos humanos envolvidos e com imponderáveis consequências de eficiência da acção administrativa.

5. Registo, ainda, que a legislação entretanto aprovada e publicada (refiro-me ao Decreto-Lei n.º 278/97, de 8 de Outubro, e ao Decreto regulamentar n.º 42/97, de 10 de Outubro) não veio alterar a necessidade de rigoroso cumprimento dos prazos para decisão sobre os pareceres formulados pelas comissões de avaliação do impacto ambiental.

6. Em face do exposto, o provedor de justiça encontra no seu Estatuto (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, alterado pela Lei n.º 30/96, de 14 de Agosto) significativas razões para se dirigir a Vossa Excelência, manifestando a sua preocupação, sem deixar de

reconhecer, por um lado, que não se trata de um problema generalizado, e por outro, sem deixar de admitir a exiguidade dos prazos fixados nos diplomas em questão.

7. Com efeito, ao provedor de justiça compete dirigir recomendações para melhoria dos serviços públicos (art. 20º, n.º 1, alínea a)), ao que acresce um dever de intervenção na tutela dos interesses difusos (art. 20º, n.º 1, alínea e)).

8. No caso apreciado, observa-se que os condicionalismos que a Direcção Regional do Centro veio a impor à laboração da unidade de reciclagem de fibras celulósicas ficaram aquém das reservas contidas no parecer homologado por Vossa Excelência em 17.01.1996, porquanto não se mostra liquido que a sua localização se apresentasse como inteiramente idónea.

9. Tendo presentes os motivos expostos,

Recomendo

A) que sejam instruídos os serviços dos vários departamentos do Ministério do Ambiente com responsabilidades ao nível da Avaliação do Impacto Ambiental para a necessidade de rigoroso
cumprimento dos prazos fixados para apreciação e formulação de parecer; e,

B) que seja averiguada, em todo e qualquer caso de transcurso dos mesmos prazos, eventuais indícios de responsabilidade disciplinar, procedendo-se em conformidade.

Recomendação sem resposta

Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia

R-1494/97
Rec. n.º 26/A/98
1998.04.22

I
Exposição de Motivos

1. Os esclarecimentos prestados pela Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia, através do ofício n.º 5034, de 7.5.97, permitiram-me concluir pela procedência da queixa que me foi apresentada.

2. Com efeito, foi construído em desrespeito pelo disposto no art. 59º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, um edifício no ângulo da Rua Delfim de Lima e com a Rua 25 de Abril, nessa cidade (processo de obras n.º 856/93, em nome de Firmino & Fernandes, Construções, Lda).

3. Não obstante ter sido ordenada, em 30.5.95, a demolição de parte da construção (art. 58º, n.º 1, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro), veio essa Câmara Municipal comprometer-se a licenciar as obras desde que a requerente declarasse não se opor a que o vizinho construisse à mesma distância, o que veio a suceder.

4. A legalização das obras efectuadas em desconformidade com o projecto

aprovado (art. 29º do regime jurídico relativo ao licenciamento municipal de obras particulares, e art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951), operará, assim, a revogação implícita da ordem de demolição, porquanto as suas consequências jurídicas por que incompatíveis com os efeitos produzidos pela ordem de demolição, levam à eliminação destes. Verifica-se uma contradição objectiva entre o sentido do primeiro acto e o sentido que o acto posterior - a legalização - lhe atribui. Esta incompatibilidade implícita entre os efeitos da ordem de demolição e os efeitos do acto de licenciamento ex post opera a revogação do primeiro acto (neste sentido, ANDRADE, Robin, Coimbra, 1969, p. 37 e ss.).

5. Permitiu, assim, a Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia, o licenciamento de uma construção em desrespeito de uma das normas técnico-funcionais aplicáveis à construção, norma essa do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951. Não consente este diploma, porém, uma derrogação aos respectivos preceitos nos termos descritos. As suas disposições são de ordem pública, como será, adiante, observado.

6. No art. 63º do RGEU apenas se permitem derrogações ao disposto nos preceitos relativos à altura e aos afastamentos entre edificações, quando tais excepções se justifiquem por condições excepcionais e irremediáveis, criadas antes da entrada em vigor do Regulamento, e desde que se encontrem garantidos níveis satisfatórios de ventilação e iluminação natural do edifício, ou desde que o exija a natureza, destino ou carácter arquitectónico das edificações, com salvaguarda das condições mínimas de salubridade (art.64º).

7. Nada decorre da instrução do processo que permita concluir enquadrar-se o edifício reclamado na situação descrita. Mesmo que assim sucedesse, careceria a deliberação camarária de fundamentação, porquanto não é apresentada qualquer justificação para a preterição da exigência regulamentar em análise.

8. Entre as normas legais relativas à construção, contam-se as que respeitam aos requisitos de salubridade, estética e segurança das edificações constantes do RGEU, cujo art. 3º, § único, subordina a concessão da licença para a execução de obras à observância das restantes prescrições do Regulamento, dos regulamentos municipais em vigor e, bem assim, de quaisquer outras disposições legais cuja aplicação incumba à administração municipal assegurar.

9. Não se tratando das normas de direito privado relativas à construção, (cuja aplicação não cabe à Administração assegurar), refere-se a citada disposição às normas legais e regulamentares sobre aspectos técnico-funcionais da construção

(artºs 17º e 18º, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91).

10. No caso presente, foi postergada a exigência contida no art. 59º do RGEU, um dos preceitos que visa tutelar os interesses públicos de salubridade das edificações em termos de arejamento e iluminação natural. Permite, assim, a reclamada deliberação camarária um atentado ao interesse público que dita a sujeição dos projectos de obras particulares às prescrições de ordem técnica e funcional que garantem as mínimas condições de iluminação, ventilação e higiene dos edifícios.

11. Por que as normas técnicas em matéria de construção são normas de direito público, não são permitidas outras excepções à respectiva estatuição para além daquelas que o legislador expressamente admitiu. Nestes casos, atentas as circunstâncias de facto, a lei permite que o interesse público em questão seja prosseguido de outra forma, mas não admite qualquer cedência por vontade das partes. Não há neste domínio, como no direito público em geral, espaço para a autonomia privada. Não se conformando a pretensão de aproveitamento urbanístico de determinado espaço ou de certa edificação já existente com os condicionamentos que a lei ou o regulamento impõem, não resta à Câmara Municipal outra alternativa que a de indeferir o pedido de licenciamento (art 63º, n.º 1, alínea b), do regime do licenciamento municipal de obras particulares).

12. Com efeito, o direito de edificar, e, em geral, o direito ao aproveitamento urbanístico dos solos encontra-se constitucional e legalmente condicionado; apenas pode ser exercido nas condições definidas pelas normas jurídico-urbanísticas que constituem o parâmetro aferidor da validade do acto de permissão de construir (neste sentido, cfr. CORREIA, Fernando Alves, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, 1989, p. 376). O direito de construir está condicionado pela verificação da sua compatibilidade com outros interesses e necessidades públicas que se encontram reflectidos nas normas de planeamento e de construção aplicáveis, e que, por serem de interesse público, não admitem postergação por vontade dos particulares.

13. Não se fundando, em toda a sua extensão, na garantia constitucional do direito de propriedade privada (Acordão do Tribunal Constitucional n.º 341/86, in Diário da República, 2ª série, n.º 65, de 19.3.87), as condições de exercício do "jus aedificandi" encontram-se no ordenamento jurídico urbanístico e por este são atribuídas. Não pode, pois, relevar a vontade dos particulares, quando através do sistema de licenciamento prévio e de fiscalização da execução das obras e da utilização das edificações, a Administração se encontra a exercer uma função pública

de adequação do espaço urbano "às exigências do modelo de ocupação, uso e transformação dos solos contido nos instrumentos de planeamento do território" (ALMEIDA, António Duarte de, e Outros, Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo, Vol. II, p. 793).

14. Nada permite, pelos motivos expostos, que consinta a Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia em derrogações a preceitos de direito público, nem que, proceda a devoluções de poderes aos particulares em matéria de licenciamento de construções.

II
Conclusões

Em face do exposto e no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para prevenção e reparação das injustiças e ilegalidades (artº 23º, n.º 1, da CRP),

Recomendo

1º Encontrando-se concluído o procedimento de licenciamento da obra, que seja revogada a licença concedida com fundamento na respectiva invalidade (art. 141º do Código do Procedimento Administrativo), por violação do disposto no art. 59º, do RGEU e no art. 63º, n.º 1, alínea b), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro;

2º Uma vez que a licença procedeu à revogação implícita da ordem de demolição, que ao acto de revogação da licença seja atribuído, de acordo com o preceituado no art. 146º do Código do Procedimento Administrativo, efeito repristinatório, estabelecendo a Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia novo prazo para demolição da parte do edifício que desrespeita o art. 59º do RGEU;

3º Que seja notificada a empresa requerente para apresentar pedido de legalização da obra, uma vez efectuada a demolição parcial (art. 167º do RGEU);

4º Encontrando-se o procedimento de licenciamento ainda em tramitação, que seja revogada a deliberação camarária de 18.3.96 e condicionado o deferimento do pedido à realização da demolição .

Impossibilidade de acatamento (revogação impossível por pendência de recurso)

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Gondomar

R-742/89

Rec Nº 33/A/98
1998.5.20

I
Exposição de Motivos

1. Foi apresentada neste Órgão do Estado uma queixa contra a construção de dois anexos no lote... do loteamento da Rua do Monte Branco em Baguim, freguesia de Rio Tinto, concelho de Gondomar.

2. Na instrução do processo procedeu-se à audição da Câmara Municipal de Gondomar, da Direcção Geral do Ordenamento do Território, e da Comissão de Coordenação da Região Norte, tendo-se concluído o seguinte:

a) Em 12 de Setembro de 1978, a Câmara Municipal de Gondomar deliberou autorizar o loteamento sito na Rua do Monte Branco, em Baguim, freguesia de Rio Tinto, ficando prevista a divisão do terreno em quatro lotes destinados a habitação com construção em dois pisos.

b) Tal deliberação teve como fundamento a informação final prestada em 5 de Setembro de 1978 pelos Serviços Técnicos de Obras da Câmara Municipal de Gondomar, a qual determinava em nota d) que "as construções obedecerão rigorosamente à implantação e cérceas aprovadas, assim como ao Regulamento Geral das Edificações Urbanas". Tal nota afirmava ainda "Admitir-se-à a construção de anexos ou garagens desde que a área não exceda 8% do talhão".

c) Na sequência de tal deliberação foi emitido o alvará de loteamento n.º 82/78 que titulou a operação de loteamento referida.

d) Com base na informação final que veio a ser incorporada na deliberação da Câmara Municipal de Gondomar de aprovação do loteamento em causa, os proprietários dos lotes construiram anexos; o proprietário do lote 2 terá começado por construir dois anexos, um para garagem, outro para arrumos, com a área total de 28 m2, a qual não excedia os 8% da área do lote.

e) Posteriormente o referido proprietário do lote 2 veio a construir outros dois anexos, alegadamente para arrumos e adega, com uma área de 9,00 x 7, 50m.

f) As obras de construção destes últimos anexos foram iniciadas sem licença, tendo sido embargadas em 13 de Agosto de 1987.

g) Em 14 de Outubro de 1987, o proprietário foi notificado para proceder à sua

legalização apresentando projecto de construção no prazo de 30 dias.

h) Tendo o proprietário apresentado o projecto requerido, em 11 de Novembro de 1987, foi o mesmo aprovado em 5 de Fevereiro de 1987, e licenciados os anexos para arrumos e adega em 8 de Junho de 1988 (licença n.º 271/88).

2. O acto de legalização veio a ser contestado em 1989, sem que, até à data, e não obstante as múltiplas diligências efectuadas junto dessa Câmara Municipal pela Provedoria de Justiça, pela Direcção-Geral do Ordenamento do Território e pela Comissão de Coordenação da Região Norte, fossem obtidos quaisquer resultados.

3. O departamento jurídico da Câmara Municipal de Gondomar considera por informação datada de Dezembro de 1996, que a legalização do referidos anexos se traduz numa alteração ao alvará de loteamento n.º 82/79, à qual se aplica o disposto no Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro.

Reconhecendo a ilegalidade do acto de aprovação do pedido de licenciamento *ex post*, aquele departamento jurídico afirma que o Decreto-Lei n.º 400/84 "não comina com a nulidade tal tipo de situação, nem parece enquadrar-se nos tipos de actos nulos previstos no art. 133º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 15 de Novembro - CPA", para concluir que, sendo o acto apenas anulável, não pode ser revogado pela Câmara Municipal por já ter decorrido mais de um ano desde a sua emissão.

Estranha se vem a revelar esta posição, porquanto ao longo dos diversos anos que durou a instrução do processo, sempre havia esse órgão autárquico considerado improcedente a queixa com fundamento na validade do acto de legalização.

4. Não é esta, porém, a conclusão a extrair dos factos acima enunciados, como veio a reconhecer o departamento jurídico da Câmara Municipal de Gondomar na informação citada. Face aos factos descritos, torna-se evidente que a licença de legalização n.º 271/88 viola uma das condicionantes da aprovação da operação de loteamento, uma vez que a área dos anexos autorizados excede os 8% de área de implantação do lote previstos na alinea d) das notas da informação jurídica que esteve na base da deliberação de concessão do alvará de loteamento.

5. As prescrições constantes da informação jurídica referida constituem os condicionamentos da operação de loteamento, os quais devem ser respeitados pela entidade licenciadora na concessão de licenças de construção para a área sujeita à operação de loteamento.

6. Como se sabe, a licença de loteamento tem nesta medida efeitos que excedem o da mera autorização de divisão do terreno em lotes funcionando como parâmetro conformador das obras de construção civil que venham a ser realizadas na área em questão. Por outras palavras, as prescrições constantes do alvará de

loteamento constituem um dos parâmetros aferidores da validade das licenças de construção que venham a ser emitidas. "Na medida em que define a disciplina urbanística aplicável a uma determinada parcela do território, a licença de loteamento assume verdadeira natureza regulamentar própria de um instrumento de planeamento urbanístico" (ALMEIDA, António Duarte de, et al Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo, II, 1994, p. 641).

7. Significa isto que o acto de licenciamento *"ex post"* da Câmara Municipal de Gondomar que legalizou uma construção em violação dos condicionamentos impostos no licenciamento da operação de loteamento não pode deixar de ser considerado ilegal, devendo colocar-se a questão de saber se estamos perante um acto meramente anulável ou perante um acto nulo.

8. Contrariamente ao afirmado pela Câmara Municipal de Gondomar na informação anexa ao ofício n.º 15898, de 23.7.97, o Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, o acto de legalização contestado é nulo, por aplicação do disposto nos arts 53º, n.ºs 1 e 2, e 65º, n.º 1, do Dcreto-Lei n.º 400/84. Na medida em que a operação de loteamento concernente ao alvará n.º 82/78, estava sujeita a parecer prévio da Direcção-Geral dos Serviços de Urbanização, nos termos do art. 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 289/73, de 6 de Junho, a licença de construção envolveu também desrespeito por aquele parecer. As prescrições constantes do alvará de loteamento podem ser alteradas a requerimento do interessado, a qualquer momento, devendo, porém, a alteração seguir o processo previsto para o requerimento inicial da licença de loteamento (art. 53º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 400/84). Como a operação de loteamento em análise obteve parecer prévio favorável da extinta Direcção-Geral dos Serviços de Urbanização, o processo de alteração não podia dispensar nova audição do competente serviço da Administração Central.

9. Não contendo o Decreto-Lei n.º 166/70, de 15 de Abril, norma idêntica aquela que actualmente se encontra contida no art. 52º, n.º 1, alínea b), do regime aprovado Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, que comina com a nulidade os actos administrativos que violem o disposto em alvará de loteamento, e por aplicação da doutrina de que a nulidade só ocorria nos casos expressamente previstos na lei, seriam meramente anuláveis por vício de violação de lei, na vigência do regime de licenciamento de obras particulares constante do Decreto-Lei n.º 166/70, os actos administrativos que dispusessem contra as prescrições do alvará de loteamento.

10. Sendo o regime da cominação com a nulidade constante do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, exclusivamente aplicável aos actos de licenciamento praticados em data posterior à da entrada em vigor deste diploma, nem prejudicando, com isso, a sanação dos correspondentes vícios de actos anteriores à sua vigência, certo é que no âmbito do Decreto-Lei n.º 166/70, constituía entendimento pacífico do Supremo Tribunal Administrativo e da Procuradoria-Geral da República, que o licenciamento de obras desconforme com as prescrições do alvará de loteamento implicitamente procedia a uma alteração daquelas prescrições, pelo que lhes seria aplicável a norma que determinava a nulidade dos actos respeitantes a operações de loteamento urbano que não fossem precedidos de parecer da competente entidade da administração central (Acordão do Supremo Tribunal Administrativo, de 16.7.1987, in AD, XXVII, Abril de 1988, n.º 316, p. 454, e Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 124/90, in DR, 2ª série, n.º 155, p. 7190).

11. Desta forma se pronunciou em 18 de Janeiro, de 1994 (Informação n.º 20/94/DSJ), a Direcção-Geral do Ordenamento do Território a propósito do acto de legalização contestado. Ali se referia que estando a operação de loteamento sujeita a parecer prévio da ex-DGPU, "as licenças de construção não poderiam deixar de observar os termos definidos naquele parecer - sob pena de, através desse estratagema, se proceder, de facto, a uma alteração às condições do licenciamento do loteamento, tal como foram autorizadas pela ex-DGPU. Assim, o acto camarário que licenciou a construção, violou o disposto no art. 53º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 400/84, sendo nulo nos termos previstos no art. 65º, n.º 1, do mesmo diploma".

12. Não foi, contudo, a Câmara Municipal de Gondomar sensível à argumentação acima expendida nos diversos contactos mantidos, nem com a Direcção-Geral do Ordenamento do Terrritório nem com a Comissão de Coordenação da Região Norte, nem tão pouco com a Provedoria de Justiça no decurso da instrução do processo ora concluída.

13. Não posso, porém, deixar de insistir junto de V. Exa. para que sejam adoptadas as medidas de tutela da legalidade urbanística que o caso reclama. Não se trata, apenas, de uma questão formal, de respeito pela legalidade vigente. Com efeito, a densidade de ocupação de solo que veio a ser autorizada ao proprietário infractor, excede em cerca de 50% aquela que é permitida para os demais lotes. "*Ora essa situação é, do ponto de vista urbanístico, incorrecta e inaceitável e, ganha foros de absurdo, ao constatar-se que a área dos anexos é superior à da própria habitação*" (Informação de 17.10.95, da DROT/DGT). Sendo objectivamente inaceitável do ponto de vista urbanístico, o acto administrativo em questão viola, também, de forma

flagrante o princípio da igualdade, porquanto aos proprietários de lotes iguais são permitidas densidades de ocupação do solo perfeitamente díspares, sem que haja qualquer fundamento que justifique esta diferença de tratamento.

14. Sendo nulo o acto de legalização dos anexos, deve a Câmara Municipal de Gondomar declarar a respectiva nulidade (art. 134º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo) e dessa declaração extrair os correspondentes efeitos. Deixando de se encontrar fundadas no acto de legalização e por serem materialmente ilegais, as construções não podem subsistir, nada mais restando à Câmara Municipal que ordenar a respectiva demolição (art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei 38.382, de 7 de Agosto de 1951, e art. 58º, do Regime Jurídico do Licenciamento Municipal de Obras Particulares, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro).

II
Conclusões

De acordo com o exposto, e no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, n.º 1, al. a), do Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1º Que, de acordo com o disposto no art. 134º, n.º 2, do Código do Procedimento administrativo, seja declarada a nulidade da licença n.º 271/88, que legalizou as obras contestadas;

2º Que seja instaurado o procedimento de demolição das construções, com fundamento em quanto se dispõe no art. 58º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e no regime contido no Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio, que regula a execução das ordens de demolição.

Recordo, por fim, a V. Exa. o dever contido no art. 38º, n.º 2, do referido Estatuto do provedor de justiça, para o qual me permito pedir a melhor atenção.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Lisboa

P-16/96
Rec. n.º 34/A/98
1998.07.06

I
Dos Factos

1. Em 9 de Outubro de 1996, num terreno situado na zona do Campo Pequeno, entre a Av. Sacadura Cabral e a linha de caminho de ferro (imediações da estação ferroviária do Campo Pequeno/local da antiga Fábrica de Cervejas Estrela), ocorreu um acidente que vitimou duas crianças.

2. Segundo foi dado a conhecer, na zona existia uma "lagoa", onde três crianças brincavam sobre uma jangada. Uma das crianças terá caído, tendo-se outra lançado à água na tentativa de alcançá-la vindo, também, a morrer por afogamento.

3. Na causa do sinistro encontra-se a acumulação de um vasto lençol de água em consequência de no local, em tempos, terem sido abertas fundações para a construção de um edifício, dado o estado de total abandono da obra.

4. Esta não se encontrava suficientemente vedada, facto que favoreceu o acesso por parte dos três menores.

5. Para apreciação dos factos e de eventual responsabilidade dos poderes públicos competentes, foi determinada a organização de um processo na Provedoria de Justiça. No âmbito da sua instrução, e através do ofício n.º 20211, de 13 de Dezembro de 1996, foram solicitados esclarecimentos a essa Câmara Municipal, com vista a conhecer das razões que explicavam a manutenção do local no estado em que se encontrava à data do acidente, não obstante o perigo que tal situação comportava, fundamentalmente para os menores.

6. Analisadas as informações prestadas pela Câmara Municipal, e recolhidos os demais elementos necessários à instrução do processo, dá-se por verificado o seguinte conjunto de factos e circunstâncias:

A) A proprietária do terreno onde ocorreu o sinistro é a CONSIPOR-Empreendimentos Imobiliários, Lda., uma empresa privada de construção civil, com sede na Rua Silva Carvalho, n.º 234, 7º, desconhecendo-se, actualmente, o paradeiro dos seus legais representantes, correndo, embora, a notícia de que estes se encontrarão no

Reino Unido.

B) Em 1985, foi-lhe concedida licença para trabalhos de escavação, na sequência da licença de construção.

C) Os trabalhos de escavação decorreram entre 5 de Agosto de 1985 e 1 de Julho de 1987, data em que foram interrompidos e não mais retomados.

D) Em 22 de Setembro de 1993, foi a proprietária notificada, pela primeira vez, pela Câmara Municipal de Lisboa, para proceder à limpeza e vedação do terreno.

E) Apesar das sucessivas prorrogações, a licença veio a caducar em 4 de Novembro de 1994.

F) Em 2 de Agosto de 1995, foi expedida, pela Câmara Municipal de Lisboa, notificação de nova intimação à sociedade proprietária para proceder à limpeza e vedação do terreno, não tendo, no entanto, sido possível notificá-la, por já naquela data se desconhecer o exacto paradeiro dos seus legais representantes.

G) Em 9 de Outubro de 1996, ocorreu o acidente sumariamente descrito, do qual resultou a morte dos irmãos N..., nascido em 9 de Setembro de 1983, e M..., nascido em 19 de Fevereiro de 1987, filhos de J... e de M... . O outro irmão, J..., que a tudo assistiu, foi resgatado a tempo.

H) Ulteriormente, em Dezembro de 1996, a Câmara Municipal de Lisboa substituiu-se à proprietária na execução das obras de aterro do local, ficando a zona circundante totalmente vedada com muro, portões e rede com altura de cerca de 2,5 metros.

7. Verifica-se, assim, que entre a data em que, pela primeira das vezes, foi a proprietária notificada para proceder à limpeza e vedação do terreno e aquela em que a Câmara Municipal se lhe substituiu em ordem a dotar aquele espaço das condições de segurança que se impunham, decorreram mais de três anos, sendo certo que há mais de nove anos se encontravam as obras paralisadas e caducada a licença de construção.

II
Dos Fundamentos

8. Durante a execução de obras de qualquer natureza, deverão ser adoptadas as precauções e as disposições necessárias para garantir, entre outras, a segurança do

público e, bem assim, para evitar danos materiais - art. 135º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de Agosto de 1951 (RGEU).

9. Os estaleiros de obras de construção, quando no interior de povoações, deverão, em regra, ser fechados ao longo dos arruamentos públicos por vedações do tipo fixado pelas respectivas câmaras municipais, tendo em vista a natureza da obra e as características do espaço público confinante (art. 136º do RGEU).

10. Na execução de caboucos ou outros trabalhos de natureza semelhante, os revestimentos e escoramentos deverão ser cuidadosamente construidos e conservados, adoptando-se as demais disposições necessárias para impedir qualquer acidente, tendo em atenção a natureza do terreno e a localização da obra em relação aos prédios vizinhos (art. 138º do RGEU).

11. Além das medidas acima descritas, poderão as câmaras municipais, tendo em vista a comodidade e higiene públicas, impor outras relativas à organização dos estaleiros (art. 139º do RGEU).

12. No art. 160º do RGEU, confere-se às câmaras municipais o poder de, nos seus regulamentos, preverem a aplicação de penalidades aos infractores, "dentro dos limites assinalados nos artigos seguintes, bem como poderão tomar as demais medidas adiante enunciadas, a fim de dar execução aos seus preceitos".

13. Verificada a desobediência, ou a incerteza sobre a localização dos representantes da proprietária, à ordem de promoção dos trabalhos de limpeza e vedação do terreno, deveria a câmara municipal ter-se substituído na sua execução por forma a ficarem acauteladas as condições de salubridade, solidez ou segurança que se mostravam de elementar cuidado, de acordo com os deveres de prudência e diligência que são próprios do exercício da actividade administrativa (art. 6º do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967).

14. Observa-se, ainda, competir também à câmara municipal a fiscalização do cumprimento do prazo de execução da obra - o facto de não ter sido a obra concluída no prazo previsto na respectiva licença constituía comportamento violador do disposto no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro (que estabelece o regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares, RJLMOP) - cfr. disposições conjugadas do art. 22º, al. g), art. 23º, n.º 1, als. c) e d) e n.º 2 e art. 51º.

15. A Câmara Municipal de Lisboa bem sabia que o prazo para a conclusão da obra se havia esgotado em 4 de Novembro de 1994 (data em que caducou a licença de construção).

16. Como também bem sabia a Câmara Municipal de Lisboa que, pelo menos desde 1 de Julho de 1987, a obra se encontrava paralisada.

17. Assim tendo sido, e dada a perigosidade evidente para a salubridade, segurança e saúde pública que aquela situação comportava, deveria a Câmara Municipal ter-se substituído à proprietária na promoção dos trabalhos necessários à reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes do início da obra, procedendo ao aterro do local (art. 58º, n.º 1, com referência ao art. 57º do RJLMOP).

18. Nos termos do art. 90º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, as autarquias locais respondem civilmente perante terceiros por ofensa dos direitos destes ou de disposições legais destinadas a satisfazer os seus interesses, resultante de actos ilícitos culposamente praticados pelos respectivos órgãos ou agentes no exercício das suas funções ou por causa desse exercício.

19. Embora no art. 90º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 100/84, sejam referidos apenas os actos praticados pelos órgãos ou agentes das autarquias locais, deve entender-se esta expressão num sentido mais amplo, como reportada a qualquer conduta imputável aos titulares daqueles órgãos ou agentes, quer esta se traduza em actos, quer se traduza em omissões de actos.

20. Apenas dessa forma se conseguirá conformar a norma legal com aquela contida no art. 22º da Constituição, que responsabiliza o Estado e as demais entidades públicas pelas acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte a violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízos para outrem.

21. Este entendimento constitui, de resto, jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Administrativo (cfr. por todos, Acórdão da 1ª Secção de 11.11.86, in AD, n.ºs 320/321, pp. 1028 e ss.).

22. Consistindo a ilicitude, para efeitos de responsabilidade da Administração por actos de gestão pública, de acordo com o art. 6º do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967, na violação das normais legais e regulamentares ou dos princípios gerais aplicáveis, mas também na preterição (comissiva ou omissiva) das regras de elementar prudência, e tendo-se considerado supra que o ordenamento jurídico-urbanístico cometia à Câmara Municipal de Lisboa um dever de dotar o terreno das condições de segurança que se impunham (vedando e assoreando o local, por forma a evitar a acumulação de água onde as escavações tinham sido realizadas),

em substituição à proprietária do mesmo, não pode deixar de se considerar ilícita a omissão desse órgão autárquico.

23. Com efeito, impondo-se no art. 136º do RGEU a vedação dos estaleiros de obras de construção ao longo dos arruamentos ou logradouros públicos, e não tendo a proprietária nesses termos providenciado, ainda que para tal tenha sido notificada pela Câmara Municipal de Lisboa, caberia a esta, como vimos, substituir-se à primeira, nos termos dos arts. 149º, n.º 2, e 157º, do Código de Procedimento Administrativo.

24. Ao não executar coercivamente a intimação para a vedação do terreno, a Câmara Municipal de Lisboa violou o dever jurídico de zelar pela segurança pública no decurso da realização de obras, dever esse que resulta do disposto nos arts. 135º e ss. do RGEU, nos termos supra apontados.

25. Estamos, pois, perante uma omissão ilícita, decorrente da violação do dever de agir, já que nenhuma causa de justificação se apresenta.

26. A Câmara Municipal assumia, por força dos preceitos jurídicos atrás enunciados, uma posição de garante, dado que lhe cabia o dever de evitar o evento verificado através da adopção das medidas necessárias à salvaguarda das condições de segurança que se impunham.

27. "A omissão viola um dever de agir; dever de agir que consiste na exigência de uma mais extensa e intensa solidariedade social, impondo a tarefa de socorro ou auxílio aos outros para evitar a ofensa de bens jurídicos alheios" (FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Lições de Direito Penal, Vol. I, Ed. Verbo, 1987, p. 65).

28. A ilicitude das abstenções da Administração Pública na prática de operações materiais afere-se, não só pela violação das disposições legais e regulamentares, mas também das regras técnicas e de prudência comum que devam ser consideradas.

29. Essa omissão ilícita, constituindo fonte de responsabilidade da Administração, apresenta-se, ainda, como culposa.

30. É que, a culpa deve ser apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência que um bom pai de família teria em face dos condicionalismos próprios do caso concreto (art. 487º, n.º 2 do mesmo Código ex vi do art. 4º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967).

31. Não parece que um bom pai de família se tivesse abstido de remover as condições de perigo que se apresentavam, aguardando, passivamente, que outrem o fizesse, mesmo ciente que este já havia desobedecido à ordem de promoção dos trabalhos de limpeza e vedação do terreno, e sendo incerta a sua localização ou de quem o representasse.

32. "A conduta do agente é reprovável, quando, pela sua capacidade, e em face

das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo" (VARELA, João de Matos Antunes, Das Obrigações em Geral, Vol. I, Almedina, Coimbra, 6ª edição, 1989, p. 531).

33. O facto de não ter a Câmara Municipal de Lisboa usado dos meios ao seu alcance e com a diligência exigível que ao caso concreto se impunha, redundou numa omissão ilícita culposa que a responsabiliza pelos danos sofridos pelas vítimas. É que, impunham as mais elementares regras de prudência que não se conformasse o município com a abstenção da sociedade proprietária em face das sucessivas notificações.

34. Acresce que não faltavam aos serviços da Câmara Municipal os meios (humanos e materiais) necessários para remover a situação de perigo que se verificava no local.

35. Aliás, a Câmara Municipal fê-lo logo após o acidente e com evidente destreza e celeridade, assoreando o local com terras e entulho provenientes das escavações de obras do metropolitano, devolvendo-lhe, assim, as condições que sempre deveria ter apresentado desde quando o proprietário se eximiu do cumprimento dos seus deveres de cuidado e vigilância (arts. 491º e segs. do Código Civil.

36. No entanto, fê-lo tarde de mais para evitar o dano.

37. "O agente deveria ter usado uma diligência que não empregou. Devia ter previsto o resultado ilícito a fim de o evitar e nem sequer o previu. Ou, se o previu, não fez o necessário para o evitar, não usou das adequadas cautelas para que ele não se produzisse" (TELLES, Inocêncio Galvão, Direito das Obrigações, 4ª Ed., Coimbra Ed. , p. 270).

38. Note-se que o grau de culpa do agente é determinante no cálculo da amplitude da respectiva indemnização (art. 496º, n.º 3 do Código Civil), o que confere ao instituto da responsabilidade civil, também, uma função punitiva e preventiva (neste sentido, também, LUCENA, Delfim Maya de, Danos Não Patrimoniais, Almedina, Coimbra, 1985), que a solidariedade dos funcionários e agentes responsáveis (art. 22º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa) não deixa perder de vista.

39. Os danos resultantes da omissão ilícita e culposa da Câmara Municipal de Lisboa são danos não patrimoniais, resultantes da morte dos menores N... e M... e do sofrimento a que foram sujeitos nos momentos que a antecederam, e do menor J..., por ter vivido aquela situação de risco e presenciado o afogamento dos irmãos - facto

que não pode ficar sem efeitos no desenvolvimento da sua personalidade.

40. No que concerne aos menores N... e M..., entendo que haverá que autonomizar os danos relativos à privação do direito à vida (dano-morte), dos relativos à agonia que sofreram antes do falecimento (danos morais) - neste sentido, aliás, parece apontar a melhor doutrina.

41. O direito a uma indemnização por danos morais sofridos pelos menores que pereceram no acidente transmitiu-se, pela sua morte, para a esfera jurídica dos seus sucessores, que neste caso são os pais (art. 2142º, n.º 2, e art. 496º, n.º 3, do Código Civil).

42. Terão ainda sofrido danos não patrimoniais na sua esfera própria os pais dos menores - o Senhor M... e a Senhora J... - devido ao sofrimento ocasionado pela morte dos seus dois filhos (art. 496º, n.º 3, do Código Civil) e pela situação de risco em que se encontrou o terceiro (art. 496, n.º 1, do Código Civil).

43. Entendo que caberá ainda aos pais dos menores falecidos, e por direito próprio, indemnização pela privação do direito à vida infligido àqueles seus filhos menores (dano-morte) - e isto, dado que o direito ao ressarcimento pela lesão do bem mais importante nunca integrou a esfera jurídica dos menores falecidos por, no momento da verificação do resultado do facto danoso (a morte), a sua personalidade jurídica já ter cessado - art. 496, n.º 2, do Código Civil.

44. Também sofreu danos patrimoniais na sua esfera própria o menor J..., por ter vivido uma situação que lhe causou evidente aflição (art. 496º, n.º 1), e pelo desgosto sofrido com a morte dos irmãos (art. 496, n.º 3). Note-se, que segundo informação colhida pela instrução do processo junto do Tribunal de Menores, o choque traumático sofrido por este menor vem justificando a frequência, com regularidade, dos serviços de atendimento infantil do Hospital de Júlio de Matos.

45. E dúvidas não restam que, pela sua gravidade, estes danos não patrimoniais merecem a tutela do direito.

46. "Trata-se apenas de dar ao lesado uma satisfação ou compensação do dano sofrido, uma vez que este, sendo apenas moral, não é susceptível de equivalente" (VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. ob. cit.).

47. A admissibilidade do ressarcimento de danos morais em sede de responsabilidade da Administração por actos de gestão pública não é excluída pelo Decreto-Lei n.º 100/84, nem pelo Decreto-Lei n.º 48.051, e é hoje pacificamente aceite pela jurisprudência e pela doutrina administrativas (cfr. por todos, MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, II, 9ª ed., Coimbra, 1972, p. 1226; Ac. STA 9877, de 1 de Abril de 1976, DR de 20 de Abril de 1978, pp. 653; Ac. STA 20230, de

30 de Outubro de 1985, DR de 28 de Abril de 1989, pp. 3408; Ac. STA 8368, de 15 de Julho de 1971, DG de 30 de Janeiro de 1973, pp. 819; Ac. STA 21060, de 8 de Fevereiro de 1989, DR de 14 de Novembro de 1994, pp. 890; Ac. STA 27767, de 4 de Fevereiro de 1992, DR de 29 de Dezembro de 1995, pp. 640; Ac. STA 38481, de 17 de Dezembro de 1996, ainda não publicado). Outro entendimento, de resto, não pode compaginar-se com o âmbito e extensão da norma constitucional já citada (art. 22º).

48. A verificação do nexo de causalidade parece não encerrar qualquer dúvida: a morte das duas crianças e a situação de risco em que se encontrou a terceira resultaram da fácil acessibilidade resultante do facto de o terreno em causa não se encontrar suficientemente vedado. Se o terreno se encontrasse adequadamente vedado, os menores não teriam certamente acedido à "lagoa", na qual dois deles se viriam a afogar. E se o local tivesse sido aterrado em tempo útil, nem sequer aquela "lagoa" existiria, obstando ainda a todos os inconvenientes higio-sanitários que a sua subsistência acarretou.

49. O incumprimento pela Câmara Municipal de Lisboa do dever de se substituir aos proprietários na vedação do terreno e na tapagem das fundações constituiu, pois, causa adequada à produção dos danos que se verificaram no presente caso.

50. A prática do acto omitido poderia ter impedido a verificação do evento ou, pelo menos, diminuiria com elevada probabilidade a sua consumação.

51. É que, sendo embora verdade ter sido o promotor da obra que incumpriu, em primeira linha, as regras de segurança que se impunham, bem como o prazo para a conclusão dos trabalhos, certo é que tal facto não é susceptível de afastar a responsabilidade do município Lisboa, embora este fique habilitado a exercer direito de regresso, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 497º, n.º 2, do Código Civil.

52. Efectivamente, prevê-se no art. 497º do Código Civil (ex vi art. 4º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967) a responsabilidade solidária pela produção dos danos, estipulando o direito de regresso entre os responsáveis, na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram.

53. Constituindo nota típica da solidariedade passiva o dever de prestação integral que recai sobre qualquer dos devedores quando interpelado pelo credor no sentido do cumprimento, entendo que deverá a Câmara Municipal de Lisboa assumir, sem mais demora, a disponibilidade de vir a efectuar o pagamento de uma

indemnização aos lesados, pelos danos que causou em consequência do facto ilícito praticado.

54. Registe-se que o município, satisfazendo a indemnização, goza, ainda, do direito de regresso contra os titulares do órgão ou os agentes culpados, caso se constate que estes agiram com diligência e zelo manifestamente inferiores àqueles a que se achavam obrigados em razão do cargo (art. 90º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março).

III
Conclusões

São estas motivações, Senhor Presidente da Câmara Municipal de Lisboa, que me aconselham dever

Recomendar

a V. Exa. (ao abrigo do disposto no art. 20º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) que seja assumida a responsabilidade pelos danos decorrentes do acidente em causa, atendendo a que sua produção é, também, imputável ao município de Lisboa por, não obstante o evidente perigo para a segurança, salubridade e saúde pública que aquela situação comportava, não se ter a edilidade substituído à proprietária na execução dos trabalhos necessários a dotar aquele espaço das condições que se impunham.

Deverá, pois, assumir a disponibilidade de vir a efectuar o pagamento de indemnização:

I. Aos pais dos menores falecidos, e por via sucessória, o pagamento de indemnização pelos danos morais sofridos pelo N... e pelo M... em consequência da agonia sentida nos momentos que precederam a morte.

II. Aos pais dos menores falecidos, e por direito próprio, por conta dos danos decorrentes da lesão que estes sofreram do bem supremo da personalidade, ou seja, pela cessação do direito à vida (dano-morte).

III. Aos pais dos menores falecidos, e ainda por direito próprio, pelos danos morais que sofreram em consequência do desaparecimento de dois dos seus filhos e da situação de risco em que se encontrou o terceiro.

IV. Ao irmão dos menores que sobreviveu ao acidente, e por direito próprio, o pagamento de indemnização pelos danos morais sofridos em consequência da profunda aflição sentida no momento da tragédia, e do natural desgosto resultante da morte dos irmãos.

Nos termos do disposto no art. 38º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, solicito a V. Exa. que me comunique o seguimento que vier a ter esta minha Recomendação.

Nesta mesma data, informo os Senhores M... e sua Mulher da conclusão da instrução do processo e da Recomendação que entendi dever formular à Exma. Câmara Municipal presidida por V. Exa.

Recomendação sem resposta, após insistência pelo acatamento.

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Maia

R-3343/96
Rec. n.º 36/A/98
1998.05.25

I
Exposição de Motivos

1. Foi solicitada a minha intervenção tendo em vista a reintegração dos interesses urbanísticos de estética e de salubridade afectados pela realização de obras de ampliação no prédio sito na Rua António José de Almeida, onde se encontra instalado o Restaurante M..., sem licença municipal de construção.

2. A instrução do processo permitiu concluir que havia a Câmara Municipal da Maia promovido a regularização da situação, porquanto vieram as obras a ser legalizadas (art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951), encontrando-se sanada a ilegalidade formal de que padeciam.

3. Não obstante, prosseguiu a instrução, por questionar o queixoso a alteração do revestimento do muro confinante com a sua propriedade, em condições que entende esteticamente prejudiciais. Sem que pretenda apreciar os factos a partir de juízos de ordem estética, cumpre apreciar da legalidade da situação.

4. Quanto a este aspecto, informou V. Exa. (ofício n.º 16163, de 5.12.97), que no projecto de obras submetido a apreciação camarária para efeitos de legalização (art. 167º do citado Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951), não se previa que o muro confinante com o prédio contíguo fosse revestido a tela de alumínio.

5. Em face de tal informação, foi a Câmara Municipal da Maia questionada quanto às medidas a adoptar para garantir o respeito do projecto aprovado, designadamente, se pretendia V. Exa. ordenar a retirada do revestimento do muro (art. 58º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro).

6. Em esclarecimentos ulteriores, prestados através do ofício n.º 4381 de 16.03.1998, refere V. Exa. que nada constando do projecto quanto ao revestimento do muro confinante com o prédio contíguo, nem sendo obrigatório que o projecto contemple tal aspecto, é entendimento dessa Câmara Municipal "que não há qualquer

ilegalidade por parte do particular, devendo apenas caso coloque tela de alumínio - por razões estéticas - pintar esse revestimento".

7. Cumpre-me referir, quanto a esta questão, que se encontram sujeitas a licenciamento municipal todas as obras, ainda que de simples conservação, restauro, reparação ou limpeza, que impliquem modificação da natureza e da cor dos materiais de revestimentos exteriores (art. 3º, n.º 1, alínea a), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro).

8. Assim, os trabalhos de revestimento do muro, porquanto implicaram alteração nos materiais de revestimento exterior do imóvel, traduzem-se em obras formalmente ilegais, uma vez que não foram habilitadas por licença municipal a tanto destinada e excedem, de forma manifesta, o projecto de obras submetido à apreciação camarária para efeitos de legalização.

9. À Câmara Municipal da Maia, no momento da apresentação do pedido de legalização das obras de ampliação efectuadas no Restaurante M..., apenas foi requerido que procedesse ao licenciamento ex post das alterações que constavam do projecto submetido à apreciação municipal.

10. Não foi requerida a legalização de quaisquer outras alterações no imóvel existente, como era dever do requerente se as quisesse executar. Assim, sobre esta alteração não se pronunciou a Câmara Municipal da Maia, e não o poderia sequer ter feito, por tal não lhe ter sido requerido.

11. Neste sentido pronunciou-se em caso semelhante, e de forma clara, o Supremo Tribunal Administrativo em Acordão de 9 de Abril de 1991, ao considerar que tendo sido requerida licença para a realização de obras de ampliação de um vão de porta e tendo sido deliberado deferir o requerido, "tal deliberação não autoriza o requerente a substituir os materiais existentes nos aros e nas portas, por tal substituição não ter sido solicitada e autorizada".

12. Do exposto resulta que o proprietário do Restaurante M... realizou obras que não vieram a ser legalizadas por essa Câmara Municipal, mantendo-se, por isso, formalmente ilegais os trabalhos de alteração do revestimento do muro confinante com o prédio do queixoso.

13. Nos termos do disposto no art. 54º, n.º 1, alínea a), do regime jurídico relativo ao licenciamento municipal de obras particulares, compete à câmara municipal sancionar a conduta do infractor, mediante a instauração de adequado procedimento

contra-ordenacional, e, no que respeita à tutela da legalidade urbanística infringida, ponderar sobre a viabilidade de legalização das obras (art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

14. À Câmara Municipal da Maia compete proceder à sanação da ilegalidade formal de que os trabalhos padecem, habilitando a respectiva subsistência com título jurídico adequado. Para este efeito, no entanto, é necessário que as obras satisfaçam os condicionamentos urbanísticos e construtivos que constituem o parâmetro aferido da respectiva legalidade material.

15. Assim, uma vez que são passíveis de legalização, não apenas as obras que satisfaçam os requisitos estabelecidos pelas normas técnicas e urbanísticas aplicáveis, mas também aquelas que sejam susceptíveis de vir a satisfazer os referidos requisitos, poderá ser ordenada a adaptação material da obra por forma ser evitada a respectiva demolição.

16. Nos termos do § 1º, do art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, poderá a Câmara Municipal ordenar a realização de trabalhos de alteração, designadamente, a pintura do revestimento de alumínio.

17. Afigurando-se inviável a legalização, já que as obras em questão não podem satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização e estética, mais não resta a V. Exa. segundo creio, que ordenar, nos termos do disposto no art. 58º, n.º 1, do regime aprovado pelo citado Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, a reconstituição da situação existente, através da retirada do revestimento colocado no muro.

18. Apenas o procedimento acima descrito garantirá a satisfação do interesse público urbanístico que dita a sujeição dos trabalhos de construção civil com implicações de índole estética a licenciamento municipal, bem como os interesses legalmente protegidos de terceiros afectados com as decisões e omissões dos poderes públicos nesta matéria, porquanto a relação administrativa em causa, possui natureza poligonal. Na verdade, as disposições legais referidas têm ainda por fim proteger os direitos e legítimos interesses dos vizinhos. Apenas garantindo o estrito cumprimento da lei se poderá, no futuro, aos mesmos vizinhos impor idêntico rigor.

II
Conclusões

Em face do exposto e no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para prevenção e reparação das injustiças e ilegalidades (art. 23º, n.º 1, da

CRP),

Recomendo

1. Que pondere a Câmara Municipal da Maia sobre a viabilidade de legalização dos trabalhos de alteração do revestimento do muro, porquanto constituem obras sujeitas a licenciamento municipal não se encontrando a sua subsistência habilitada por título jurídico a tanto destinado (art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, art. 3º, n.º 1, alínea a), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro);
2. Não se mostrando as obras susceptíveis de satisfazer os requisitos estabelecidos pelas normas técnicas e urbanísticas aplicáveis, ordene a Câmara Municipal da Maia, com fundamento no disposto no § 1º, do art. 167º, do Regime Geral das Edificações Urbanas, a adaptação material da obra, designadamente a pintura do revestimento de alumínio;
3. Não se mostrando o dono da obra disposto a promover, nos termos expostos, a respectiva legalização, ordene V. Exa., no exercício dos poderes que lhe são confiados pelo art. 58º, n.º 1, do regime jurídico relativo ao licenciamento municipal de obras particulares, para reconstituição da situação material afectada pela realização ilegal de obras de construção civil, a retirada do revestimento de alumínio.

Recomendação acatada

À
Exma. Sra
Directora da Delegação Regional do Norte
do Ministério da Economia

R-2593/9
Rec. n.º 38/A/98
1998.05.27

No âmbito da instrução do processo em epígrafe, desencadeado por queixa que me foi dirigida em 2 de Agosto de 1991, a respeito dos inconvenientes provenientes da laboração exercida por estabelecimento industrial de tinturaria e acabamento de fios de algodão e acrílicos, no lugar de Espinho, na margem esquerda do Rio Vizela, freguesia de Martinho do Campo, concelho de Santo Tirso, foram apurados os seguintes factos:

1. Foi promovida pela Câmara Municipal de Santo Tirso, em 1 de Outubro de 1991, vistoria ao estabelecimento reclamado, tendo nessa ocasião sido verificada a

criação de três lagoas artificiais para abastecimento, por decantação natural, de três poços na cota mais baixa do terreno.

Foi, também, observado inexistir qualquer sistema de tratamento das águas oriundas das tintas utilizadas, sendo os efluentes industriais vertidos directamente para o rio e, numa extensão de cerca 25 m a 30 m de terreno, a céu aberto.

Do mesmo modo, foi observada a situação de inquinação da água dos poços vizinhos.

Em consequência, e por não se mostrar devidamente licenciada a utilização industrial, viria o Sr... a ser notificado, em 25.11.1991, a suspender a laboração no prazo de oito dias.

2. Foi a sociedade exploradora do estabelecimento autuada pela Direcção dos Serviços Regionais de Hidráulica do Douro no ano de 1992, por proceder a descarga de efluentes industriais sem se encontrar munida da necessária aprovaçao.

Apontou aquela Direcção a ligação ao sistema de despoluição do Rio Ave, como solução definitiva para O problema do tratamento dos efluentes industriais.

E estabeleceu, como condição para a ligação, a fixação de meios em ordem ao prévio tratamento dos resíduos, intimando a sociedade a apresentar o respectivo projecto.

3. A coberto de ofício de 4.12.1995, esclareceu a ex-Delegação Regional da Indústria e Energia do Norte persistir o lançamento de efluentes, sem tratamento, no Rio Vizela.

Foi a sociedade autuada três vezes e condenada no pagamento de coimas no valor de Esc. 100 000$00, Esc. 500.000$00 e 1.000.000$00.

Mais foi dito, ter a sociedade reclamada apresentado pedido, tendo em vista a legalização da instalação, ao abrigo do disposto no art. 24º do Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 282/93, de 17 de Agosto.

Emitiu o Grupo de Trabalho previsto no citado artigo parecer desfavorável à localização da unidade industrial em 3.8.1995, alegando os seguintes fundamentos:

> "O grupo de assessoras do GT efectuou uma visita ao estabelecimento industrial, verificando tratar-se de uma unidade instalada num edifício inicialmente destinado a armazém de desperdícios, e numa área que o PDM destina preferencialmente a construção de habitação.
>
> A pretensão de viabilidade de localização foi objecto de parecer desfavorável por despacho de 91/O 7/17, porque se situa encravado numa zona habitacional e que o zonamento do PDM destina preferencialmente à

construção de habitação, vindo este parecer a ser confirmado, após reapreciação do processo, em 95/01/0 6.

(...)

A principal fonte de emissão de poluentes para a atmosfera consiste na caldeira de produção de vapor, a qual funciona a fuel óleo. Os gases de combustão são enviados para a atmosfera através de chaminé munida de "chapéu" ".

Não apresentou o requerente elementos sobre a caracterização acústica do estabelecimento, encontrando-se o projecto, segundo aquele grupo de trabalho, insuficientemente instruído.

Nem adoptou o industrial procedimentos tendo em vista a ligação dos efluentes ao Sistema de Despoluição do Ave.

Concluiu o grupo: "trata-se de uma unidade de Classe E, instalada em área preferencialmente habitacional, cuja actividade deverá ser transferida para zona industrial, tal como prevê o Dec-Reg n.º 25/93 de 17/8, no seu Art. 4º"

4. A Delegação Regional da Indústria e Energia intimou a sociedade... a cessar o exercício da actividade industrial, através de ofício de 14.11.1995, fixando o limite temporal de 180 dias.

Reafirmaram os mesmos serviços regionais em 25.3.1996 o propósito de promover o encerramento da unidade industrial, com concessão de novo prazo de 180 dias.

5. Pese embora a determinação dos serviços regionais, veio o reclamante, em 21.4.1997, informar ter-se agravado a situação de insalubridade, mantendo-se o pleno exercício da laboração.

Aditou o reclamante, ao conteúdo inicial da queixa, a circunstância de proceder o industrial à abertura de valas no solo para depósito de resíduos sólidos tóxicos.

6. Indagada a Delegação Regional do Norte do Ministério da Economia acerca dos motivos pelos quais não fora promovido o encerramento da unidade industrial, foi esclarecido: "tenho a referir que não foi possível analisar o assunto até este momento, de modo a adoptar medida adequada à situação, atendendo a que a determinação do encerramento da unidade industrial de forma abrupta levará à perda dos 15 postos de trabalho. Deste modo, e atendendo, por um lado à situação de impossibilidade de licenciamento, e por outro, ao facto dos inconvenientes provocados se admitirem de algum modo atenuados, dada a proximidade dos poços inquinados do reclamante do rio (30 metros) que estando imensamente poluido não deixará de continuar a

constituir foco de contaminação, foi concedido, por Despacho exarado nesta data, um prazo de 180 dias para suspender a laboração e transferir a unidade industrial, findos os quais será efectivado o corte de fornecimento de energia eléctrica nos termos do n.º 1, alínea c), do Art 14º do Decreto lei 109/91, de 15 de Março, com a redacção que lhe é dada pelo Decreto lei 282/93, de 17 de Agosto (...)" (v/refª: D/241, PE 90064, ofício de 13.11.1997).

II
Apreciação

1. Reconheceu a Delegação Regional do Norte o exercício de laboração em condições ilegais, seja por contender a sua localização em zona habitacional com o art. 4º do Decreto Regulamentar n.º 25/93, de 17 de Agosto, seja por não se mostrar legítima a utilização industrial em face do zonamento traçado pelo Regulamento do Plano Director Municipal de Santo Tirso.

À rejeição de águas residuais em condições ilegais parece acrescer a inobservância das prescrições constantes dos arts. 22º e 24º do Decreto-Lei n.º 352/90, de 9 de Novembro, no que concerne aos procedimentos de exaustão de poluentes atmosféricos, cumprindo relevar o desrespeito da proibição legal de instalação de chapéus sobre a boca da chaminé (cfr. art. 24º, n.º 2), *e* a inerente poluição atmosférica.

2. Não pode uma actividade que se encontra por licenciar beneficiar de um regime mais permissivo que o conjunto de restrições que impendem sobre os estabelecimentos devidamente licenciados.

É injusto que sejam os vizinhos, titulares do direito a um ambiente sadio e equilibrado (art. 66º, n.º 1, da Constituição) a suportar as consequências do funcionamento que iniciou a sua actividade sem que para tanto se encontrasse habilitado o seu proprietário.

3. Foram observados os inconvenientes que as actividades praticadas, à revelia de determinações proferidas pelos Orgãos e serviços competentes da Administração Pública, acarretam, tendo sido verificada a afectação dos recursos naturais e da qualidade de vida dos moradores vizinhos.

4. A Delegação Regional, pese embora o manifesto desrespeito, sem qualquer motivo razoável, pela autoridade das suas ordens e decisões, não exerceu os poderes que a lei lhe confere para repor, com a deseiável celeridade, a legalidade infringida e fazer cessar as incomodidades que deram causa ao exercício do direito de queixa.

Nem tão pouco foi imposta ao industrial a observância do dever geral de

prevenção de riscos, que se consigna no art. 5º do Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março, na sua redacção actual. Na verdade, não foram fixadas quaisquer medidas aptas a eliminar ou atenuar riscos e inconvenientes susceptíveis de afectar as pessoas e os bens, as condições de trabalho e o ambiente.

5. Ao nao dispor no sentido da pronta reintegração da ordem jurídica violada, são esses serviços regionais responsáveis pela perpetuação de uma situação ilegal e injusta, tanto mais reprovável quanto reforça a confiança do infractor na consolidação de uma situação ilegal, criada e alimentada pelo industrial, em menosprezo das ordens da Administração e da prossecução do interesse público.

Nem se divisam razões atendíveis para a sucessiva concessão de prazos para cessação da laboração, por não merecerem protecção os seus interesses como proprietário, tanto mais que à flagrante violação da lei, acresce a desobediência deliberada a ordens de cessação do exercício da actividade.

III
Conclusões

1. A procedência da queixa foi reconhecida pela Administração, à qual deve ser imputada a não reposição da legalidade infringida e a omissão de medidas destinadas a salvaguardar os interesses ambientais em presença, contribuindo, não apenas para deixar perpetuar uma situação de ilegalidade verificada, como também para manter um caso de injustiça ambiental, traduzido no aproveitamento indevido de recursos naturais e na produção de prejuízos no ambiente de terceiros, que não colhem quaisquer benefícios da actividade exercida.

Em lugar de aplicar medida repressiva em ordem àimediata reposição da legalidade, a entidade coordenadora vem propiciando, pela sua falta de zelo, o funcionamento em condições ilegais, em manifesto detrimento dos interesses públicos cuja prossecução lhe compete.

Cinge-se a sua actuação, volvidos anos sobre a apresentação da reclamação e o reconhecimento da sua procedência, à reiterada fixação de períodos temporais nos quais *é* tolerado o exercício de laboração ilegal e incondicional.

Nem pode esta situação ser equiparada à que se verifica na circunstância de a laboração ser autorizada a título provisório, já que, nesta última, a imposição de um prazo destina-se a fazer cumprir certas prescrições legais, uma vez emitido parecer favorável à localização e/ou à instalação da unidade industrial.

E, pois, a própria entidade fiscalizadora, incumbida de velar pela observância das prescrições legais aplicáveis, que alimenta o seu desrespeito, ao não desencadear, em face do inacatamento da sanção decretada, os procedimentos adequados.

Por força da actuação desses serviços regionais mostra-se inconsequente a consagração do dever previsto no art. 5º do Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março.

A Delegação Regional do Norte não pautou no presente caso a sua actuação pelo dever de boa administração ao atender exclusivamente a considerações de ordem socio-económica com as quais não se compagina a regular prossecução dos interesses públicos que subjazem ao regime de exercício da actividade industrial.

Os factos descritos poderão ser, quando apreciados os seus efeitos poluentes, indiciadores do disposto nos arts. 279º e 280º do Código Penal. Também esta circunstância me induz a relativizar a preocupação manifestada com a manutenção dos postos de trabalho, e a ter por despicienda aquela ordem de razões no que se reporta à perpetuação da actividade ilegal.

Em primeiro lugar, não se mostra demonstrado que o encerramento da unidade

poluente haja de determinar a extinção, dos postos de trabalho, porquanto nada obsta a que o empresário venha a encontrar uma localização alternativa e a dotar o estabelecimento industrial dos meios próprios para conter os efeitos poluentes. Ao invés, com a presente situação, locupleta-se indevidamente com os benefícios retirados de recursos naturais colectivos e sacrifica a população local sem lhe conceder qualquer contrapartida legítima.

Em segundo lugar, devo recordar que o problema não érecente, pois há mais de sete anos que se vêm arrastando sucessivas diligências de cuja boa intenção não duvido, mas cujos resultados estão à vista. De resto, a região onde se encontra vem beneficiando de programas de reconversão tecnológica assistidos pelo Estado, o que mais difícil torna explicar o adiamento de uma solução.

Nem a observação de que existe mais de uma causa de inquinação dos poços particulares legitima, a meu ver, nova prorrogação do prazo para pôr termo à laboração. Na verdade, também aqui se desvia a Administração, clara e ostensivamente, dos interesses que lhe incumbe defender.

Visto isto, não se mostram plausíveis os fundamentos da decisão tomada no plano fáctico. Acresce que os mesmos não encontram qualquer suporte legal.

Concluo, pois, mostrar-se incumprido o dever de fundamentação dos actos administrativos, quando os mesmos impliquem revogação, modificação ou suspensão de acto administrativo anterior (cfr. arts. 124º e 125º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro) , e, consequentemente pela invalidade do acto praticado em 13.11.1997, por padecer de vício de forma.

Ademais, a invocação de motivações alheias àprossecução dos fins de interesse público confiados aos serviços regionais do Ministério da Economia pode determinar a inquinação do acto administrativo por vício de desvio de poder e, também por esta ordem de razões, a sua invalidade.

De acordo com a motivação exposta, devo exercer a faculdade que me é atribuida no art. 20º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e, como tal,

Recomendo

a V. Exa:

1. A não renovação do acto administrativo praticado em 13.11.1997, através do qual foi determinado um novo prazo de seis meses, do exercício da actividade prosseguida pelo estabelecimento industrial de tinturaria e acabamento de fios de algodão e

acrílicos, no lugar de Espinho, na margem esquerda do Rio Vizela, freguesia de S. Martinho do Campo, concelho de Santo Tirso, explorado pela sociedade..., com fundamento em invalidade, ao abrigo do disposto nos arts. 136º e 141º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, 15 de Novembro;

2. que seja, de imediato, ordenada a cessação da laboração exercida pelo estabelecimento industrial de tinturaria e acabamento de fios de algodão e acrílicos, no lugar de Espinho;

3. que, a verificar-se o inacatamento desta ordem, determine, sem mais dilação, o corte de fornecimento de energia eléctrica nos termos do disposto no art. 14º, n.º 1, aí. c) do Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 282/93, de 17 de Agosto.

Recomendação acatada

Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Palmela

R-2759/96
Rec. n.º39/A/98
1998.05.28

I
Exposição de Motivos

1. Solicitou a Srª Dª... a intervenção deste Órgão do Estado quanto à situação de insalubridade e perigo de desabamento em que se encontram as instalações sanitárias da habitação que tomou de arrendamento, sita na Rua..., em Pinhal Novo.

2. A fim de habilitar a instrução do processo foi questionada a Câmara Municipal de Palmela quanto às medidas adoptadas para resolução do assunto, no âmbito dos poderes de polícia que às câmaras municipais são atribuídos em matéria de preservação do património residencial, tendo em vista a segurança de pessoas e bens e a manutenção de adequadas condições de habitabilidade (art. 51º, n.º 2, alínea d), da Lei das Autarquias Locais, arts. 9º, 10º e 12º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

3. Em resposta, informou essa Câmara Municipal que tendo sido deliberado executar coercivamente as obras de beneficiação a que fora intimado o proprietário do imóvel (art. 12º e 166º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas), e, tendo sido este regularmente notificado, nos termos impostos pelos arts. 152º, n.º 1, e 157º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, haviam sido os técnicos camarários impedidos de entrar no imóvel pela respectiva proprietária, no dia marcado para a execução.

4. Apresenta-se controversa ao nível jurisprudencial a questão dos requisitos para acesso ao domicílio dos cidadãos tendo em vista a execução coactiva de actos administrativos. Não é unívoco o sentido das decisões dos Tribunais sempre que as câmaras municipais se lhes dirigem para obtenção de um mandato que lhes permita obstar à falta de consentimento do titular do domicílio.

5. Parece, contudo, que, de quanto dispõe a Constituição sobre a matéria, é possível extrair, sem grande esforço interpretativo, o princípio de que a realização compulsória pela Administração dos actos administrativos não contende com a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

6. A protecção constitucional do domicílio impõe que, não sendo autorizada a entrada pelo proprietário, só pode ser esta ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e de acordo com as formalidades legalmente previstas (art. 34º, n.ºs 1 e 2, da Constituição).

7. Dispondo a Administração do poder de exigir de terceiros o cumprimento das obrigações e o respeito das limitações que decorrem dos actos administrativos, e não sendo necessária a intervenção do tribunal para tornar efectivas as medidas neles contidas (art. 149º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo), a actividade concreta desenvolvida como modo de realização da situação jurídica previamente definida está sujeita a um princípio de legalidade e de auto-tutela.

8. Reportam-se estes às formas admitidas de execução e ao respectivo procedimento - legalidade procedimental -. Tratando--se, na presente situação, de execução para a prestação de facto fungível, o procedimento de execução inicia-se com a notificação da decisão de se proceder à execução (art. 152º do CPA), na qual se fixará um prazo razoável para a prática do acto devido, com indicação dos termos em que a execução terá lugar, no caso de incumprimento (art. 157º, n.ºs 1 e 2, do CPA).

9. A execução por via coactiva dos actos administrativos é, assim, uma das restrições legais ao direito à inviolabilidade do domicílio. É um dos casos em que a exigência de consentimento do particular é afastada tendo em conta o interesse público que subjaz à garantia executiva dos actos administrativos.

10. Não obstante, e de acordo com o preceituado pelo art. 34º, n.º 2, da Constituição, encontra-se esta possibilidade sob reserva de decisão judicial, constituindo esta exigência um limite absoluto à discricionariedade do legislador na definição dos casos e das formas em que a entrada no domicílio contra a vontade dos cidadãos pode ter lugar.

11. Assim, e não obstante o cumprimento das citadas formalidades no âmbito do procedimento de execução, o destinatário pode opor-se à entrada no seu domicílio dos funcionários designados para proceder às operações materiais a tanto destinadas. A falta de consentimento só poderá ser suprida por decisão judicial que autorize a entrada no domicílio.

12. Como justificação para a disciplina constitucional, deve entender-se que a exigência do consentimento deriva de se estar perante uma garantia que é manifestação do direito à intimidade pessoal (esfera privada espacial), previsto no art. 26º da Constituição (cfr., entre outros, o Acordão n.º 221/89 do Tribunal Constitucional, de 22.2.1989, in DR, 1ª série, n.º 69, de 23.3.1989). Neste sentido, considera GOMES CANOTILHO que se trata "ainda de um direito à liberdade da pessoa, e

assim é que a Constituição considera a "vontade", o "consentimento" da pessoa (n.º 2 e 3) como condição sine qua non da possibilidade de entrada no domicílio dos cidadãos fora dos casos de mandato judicial" (Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, 1993, p. 212).

13. Por seu turno, e atendendo ao princípio da aplicação imediata dos preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, deve entender-se que a citada exigência não carece de ser regulada por lei. Não há necessidade de qualquer lei que proceda ao desenvolvimento da disciplina fixada na Constituição quanto a tal aspecto. Por esta razão, não é o juiz do tribunal criminal aquele a quem se confere a protecção do direito constitucional à inviolabilidade do domicílio, nem este problema se coloca unicamente no âmbito dos processos de investigação criminal (cfr. ANTONIO, Angel Luis Alonso de, El derecho a la inviolabilidade domiciliaria en la Constituición espanola de 1978, Colex, 1993, p. 117).

14. Não obstante, e em paralelo com as garantias legais do processo penal, entende JORGE MIRANDA que as previsões legais que concedem às autoridades públicas a faculdade de entrar no domicílio, em certos casos (como sucede em matéria de polícia urbanística), não dispensam o cumprimento das garantias constitucionais, devendo considerar-se legislação padrão nesta matéria a lei processual penal, domínio no qual os imperativos do interesse público ganham especial premência.

15. "Ora, a legislação do processo criminal foi buscar a definição dos limites da inviolabilidade do domicílio às anteriores Constituições. Por conseguinte, e por não ser curial perante razões de interesse geral menos graves adoptarem-se critérios menos severos de restrição da inviolabilidade do domicílio, o legislador não pode, em caso algum, exceder os limites que resultam dessas Constituições e do Código de Processo Penal; tudo quanto envolve menores garantias para os cidadãos do que as aí prescritas deve qualificar-se de inconstitucional".

16. E conclui JORGE MIRANDA, referindo que "as restrições ao princípio da inviolabilidade que requeira o interesse público não podem ter um regime mais atentatório das garantias individuais que o regime das buscas em processo criminal" (A inviolabilidade do domicílio, in Revista de Direito e Estudos Sociais, Ano XIX, Janeiro-Dezembro, n.ºs 1-2-3-4, Coimbra, 1974, pp. 411, 419 e 420).

17. No tocante ao âmbito da garantia constitucional em análise, deve entender-se que a reserva de decisão judicial se reporta exclusivamente à permissão de entrada no domicílio para execução das operações materiais previamente determinadas, seja a

execução de obras em falta, seja a demolição de obras ilegais, a qual encontra sede legal na previsão do art. 166º do acima citado Regulamento Geral das Edificações Urbanas. A acção interposta não se destina a reconhecer o direito de realizar ou demolir as obras ou a apreciar a validade do acto que se executa, mas, tão somente, a remover um obstáculo ao exercício desse poder administrativo.

18. Nem, sequer, no âmbito do procedimento executivo, a intervenção judicial se destina a apreciar o conteúdo das medidas escolhidas pela Administração; só o autor do acto é competente para definir o conteúdo das medidas de execução e optar pelos meios de realização material do acto que considere mais adequados, no caso, à produção dos respectivos efeitos, não podendo o Tribunal pronunciar-se sobre o seu mérito ou legalidade.

19. Desta forma, terá que dar-se por menos feliz a orientação jurisprudencial que considera que carece de interesse em agir a entidade pública que recorre ao Tribunal comum no âmbito de um procedimento de execução, sempre que se verifique oposição do demandado à entrada no seu domicílio (cfr., por todos, o Acordão do Supremo Tribunal Administrativo de 10.10.1985, BMJ, 350, p. 297). Com efeito, apenas se verificará a desnecessidade da tutela judicial, se o recurso ao Tribunal tiver por objectivo o reconhecimento do direito a executar determinado acto administrativo ou a validade do procedimento que o antecedeu, o que levaria à falta de um outro pressuposto processual, qual seja a competência do Tribunal comum.

20. Ao invés, deve entender-se que os tribunais comuns são competentes para conhecer do pedido de emissão de mandato judicial, formulado por uma entidade pública, para entrada numa residência particular com o fim de promover a execução de um acto administrativo (cfr. Acordão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.4.1990, CJ, II, 1990, p. 153).

21. Ao Tribunal apenas se vai requerer que remova um obstáculo constitucional e legal ao exercício do privilégio de execução prévia. Não se está a subtrair à jurisdição administrativa o controlo da legalidade dos actos da Administração cuja execução exija a entrada num domicílio para atribui-lo aos Tribunais comuns, mas, tão só, a cometer a estes a função de garantir o direito de inviolabilidade do domicílio em face da execução coactiva de actos administrativos.

22. A reserva judicial de decisão destina-se a assegurar a legalidade de uma medida que é restritiva de um direito fundamental -a entrada no domicílio sem consentimento do particular-, pelo que a restrição só será autorizada se o juiz concluir pela exigibilidade, adequação e proporcionalidade da medida (art. 18º, n.º 2, da CRP).

23. Cumpre, assim, determinar qual o âmbito da intervenção do Tribunal. Não

se tratando de apreciar a legalidade da actuação da Administração, nem por isso se pode reconduzir a intervenção judicial a um puro formalismo de carácter automático. Trata-se do meio que a Constituição reputa apto a assegurar que, para efeitos da execução de um acto emanado de uma autoridade administrativa, no exercício de poderes de autoridade, é justificada e necessária a restrição ao citado direito fundamental. Ao Tribunal encontra-se cometida a função de assegurar que a restrição permitida pela Constituição se contém nos precisos limites que esta lhe fixou.

24. A decisão judicial aparece como um mecanismo de carácter preventivo, tendente a assegurar um ponderação prévia dos interesses em conflito (neste sentido cfr., ANTONIO, Angel Luis Alonso de, ob. cit., p. 119). Ao reconhecer a perturbação que a entrada no domicílio por parte de funcionários e agentes da Administração pode causar, tem-se em vista garantir reforçadamente que tal medida só será usada quando se apresentar absolutamente indispensável a prossecução do interesse público e afastada de qualquer motivo arbitrário, irrazoável ou simplesmente despiciendo, o Tribunal serve, em tal caso, dada a sua posição de distanciamento em relação aos interesses públicos secundários, de garante das limitações referidas.

25. O consentimento do particular para entrada no respectivo domicílio só pode ser suprido por mandato judicial que garanta que a restrição ao direito fundamental em causa se confina ao estritamente necessário para a prossecução do interesse público na execução dos actos administrativos.

II

Conclusões

Em face do exposto e no exercício da atribuição constitucional que me é confiada para prevenção e reparação das injustiças e ilegalidades (artº 23º, n.º 1, da CRP),

Recomendo

Que V. Exa. providencie por obter um mandato judicial que permita a entrada no domicílio do proprietário faltoso com vista à execução coactiva das obras de beneficiação a que o mesmo foi intimado (art. 12º e 166º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, art. 157, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo).

Recomendação acatada

Á
Exma. Senhora
Presidente do Conselho Directivo Nacional
da Associação dos Arquitectos Portugueses

R-4505/96
Rec. n.º 45/A/98
1998.6.18

I
Exposição de motivos

1. Apreciada a resposta à Recomendação n.º 47/A/97, que me foi remetida por V. Exa. em 5 de Agosto p. p., e complementada em 12 de Maio p. p. com um parecer subscrito pelo Senhor Professor Jorge Miranda, verifico que a mesma em nada infirma os fundamentos e as conclusões contidas na referida Recomendação, pelo que venho reiterar junto dessa associação pública a posição ali assumida, nos termos e com os fundamentos que se seguem.

2. Procuro, por este meio, contraditar a resposta de V.Exa. à Recomendação citada, confiando na disposição da AAP para rever o entendimento que manifestou, uma vez que através das comunicações que me dirigiu por ofícios de 14 de Novembro p. p. (ofº CDN-336/97) e 12 de Maio p. p., indica aguardar resposta da parte do provedor de justiça.

3. Em primeiro lugar, e ao contrário do que é dado a entender na resposta de V.Exa., o objecto da minha Recomendação não foi, nem é, o Regulamento do Prémio Secil de Arquitectura. Da Recomendação n.º 47/A/97 não se retira que considero ficar "absolutamente vedada a possibilidade de uma entidade privada promover em Portugal a atribuição de um prémio destinado a (...) edifícios e conjuntos arquitectónicos que (...) sejam da integral autoria de arquitectos portugueses" (p. 6 da resposta). O objecto da Recomendação é a actuação dessa associação profissional, enquanto instituição

representativa dos arquitectos, e enquanto pessoa colectiva pública que integra a Administração Pública, na organização do Prémio Secil de Arquitectura e concursos similares. Por isso, a destinatária da Recomendação n.º 47/A/97 foi a Associação dos Arquitectos Portugueses, e não a SECIL - Companhia Geral de Cal e Cimento, S.A.

4. A Recomendação é dirigida ao futuro, é prospectiva e não retrospectiva. É formulada também à luz de um preceito do Estatuto do provedor de justiça que se refere a recomendações que visam melhorar a actividade administrativa (artigo 20.º, n.º 1, 2.ª parte).

5. A opção pela apreciação da intervenção da AAP na organização do concurso, ao invés da análise da cláusula C do Regulamento do Prémio Secil de Arquitectura, considerada por V. Exa. uma "opção inexplicada e altamente criticável" (p. 7 da resposta), tem uma explicação singela e facilmente compreensível: é que a SECIL, S.A., co-organizadora do concurso destinado a atribuir o prémio de arquitectura com o seu nome, é uma sociedade comercial de capitais privados, pelo que só se encontraria sujeita à actuação do provedor de justiça se estivéssemos perante uma especial relação de domínio, no âmbito dos direitos, liberdades e garantias (artigo 2.º do Estatuto do provedor de justiça), o que, no caso vertente, não ocorre manifestamente. Já o mesmo não sucede com a AAP, que, enquanto órgão da administração autónoma, se encontra sujeita, sem restrições, à actuação do provedor de justiça. E se esta consideração é decisiva no que respeita ao grau de amplitude da intervenção do provedor de justiça no presente caso, há um argumento igualmente importante do ponto de vista substantivo: é que a qualificação da SECIL, S.A., como entidade privada permite-lhe uma liberdade de actuação, fundada no princípio da autonomia privada, que a AAP, enquanto órgão da Administração, no desempenho de interesses públicos postos a seu cargo pelo Estado, não detém.

6. Assim, o facto de a SECIL, S.A., enquanto entidade privada, instituir prémios de arquitectura destinados apenas a arquitectos portugueses, é um comportamento que pode ou não ser objecto de discordância quanto à sua oportunidade, mas não será alvo, em princípio, de qualquer juízo de desconformidade com a ordem jurídica. Já a participação da entidade pública representativa dos arquitectos em Portugal na organização desse concurso não é admissível, nos termos que desenvolvi na Recomendação n.º 47/A/97, e que exporei de novo mais adiante, a benefício de conseguir alterar a posição de V. Exa.

7. Importa, assim, elucidar V. Exa. e fixar este ponto de uma vez por todas, por

forma a obstar a considerações destituídas de qualquer oportunidade no caso vertente: não é o Regulamento do Prémio Secil de Arquitectura 1996 que está em causa, muito menos a actuação do Júri do Concurso, que procedeu em conformidade com o disposto no clausulado regulamentar; é a actuação da AAP que é questionada, enquanto co-organizadora de um concurso para a atribuição de um prémio de arquitectura que restringe o âmbito dos seus destinatários aos arquitectos portugueses, deixando à margem, e sem qualquer fundamento objectivo válido, alguns dos seus associados.

8. Acresce que, na resposta remetida, V. Exa. se mostra mais preocupada em invectivar a queixa apresentada ao provedor de justiça do que em apreciar os fundamentos na Recomendação. Ora, sobre a queixa teve V. Exa. a oportunidade de se pronunciar em Janeiro de 1997, quando foi ouvida no âmbito da instrução do processo; na resposta então produzida, através do ofício com a referência CDN-060/97, de 13.02.97, V. Exa. limitou-se a endossar o problema para a competência do Júri do Concurso, escusando pronunciar-se sobre as questões que lhe tinham sido colocadas, o que leva a considerar as considerações posteriormente expendidas sobre a queixa extemporâneas. O que estava, e está agora em causa, são as Recomendações, onde está contida a minha posição, não é a queixa, que apenas vincula quem a apresentou. Peço pois, a V. Exa., que na resposta à presente Recomendação, tenha essa distinção presente, por forma a permitir a correcta compreensão daquilo que é recomendado, e consequentemente, propiciar o cabal cumprimento do dever de resposta que o artigo 38º do Estatuto do provedor de justiça faz impender sobre V. Exa.

9. O principal argumento utilizado por V. Exa. na defesa da co-organização pela AAP de um concurso limitado para arquitectos de nacionalidade portuguesa consiste na valorização das características próprias da arquitectura portuguesa (pp. 8 e 9 da resposta). Depreende-se das considerações a esse propósito tecidas que essas características próprias só podem encontrar tradução nas obras da integral autoria de arquitectos portugueses, o que é confirmado em passo posterior da resposta, ao afirmar-se que "sempre que esteja em causa a ponderação ou a valorização ou a promoção de obras intrinsecamente ligadas a uma história, a uma cultura e a uma forma de estar, que por razões de cidadania não são as suas, aquele arquitecto francês (...) possa ver qualquer das suas obras afastada do universo objectivo em apreciação" (p. 13).

10. Fica sem se saber o que seja uma forma de estar, mas podem, ainda assim, retirar-se as seguintes conclusões: que a arquitectura portuguesa tem características

próprias; que essas características próprias apenas se revelam nas obras da integral autoria de arquitectos portugueses; e que, consequentemente, a nacionalidade determina a forma intrínseca - para utilizar a expressão de V. Exa. - da obra arquitectónica.

11. Se quanto à primeira das conclusões referidas nada tenho a apontar, já as demais se mostram iniludivelmente insustentáveis. Vejamos porquê.

12. A nacionalidade ou cidadania consiste num vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um Estado, decorrente da sua pertença a uma determinada comunidade política. Dessa integração não resulta, todavia, a necessária assimilação das características específicas de uma determinada cultura nacional, nem a condição de estrangeiro ou apátrida impede quem resida num determinado país de comungar das especificidades da comunidade em que vive. E não pode deixar de ser assim porque, embora a cidadania deva assentar num princípio de efectividade, a sua natureza de vínculo jurídico-político confere-lhe um carácter também formal. Exemplo disso será a detenção da nacionalidade portuguesa originária por emigrantes de segunda geração, que podem nunca ter estado em Portugal, nem conhecer a língua portuguesa. Por outro lado, a possibilidade de aquisição da nacionalidade portuguesa por naturalização, com a consequente integração de estrangeiros na comunidade nacional, demonstra que as características culturais específicas referidas por V. Exa. podem também ser detidas por estrangeiros, já que não é crível, que com a naturalização, instantaneamente, as adquiram. Um arquitecto estrangeiro e, por isso, impedido de concorrer com obras suas ao Prémio Secil, deixará de o estar se se naturalizar português, e não se pode considerar que pelo efeito dessa naturalização automaticamente aquele arquitecto tenha ficado com capacidade para traduzir a especificidade da arquitectura portuguesa nas obras que projecta. Daqui bem se vê como é desprovida de fundamento objectivo a restrição operada pela AAP. Além de que nenhuma disposição do Regulamento do Prémio Secil de Arquitectura 1996 impede que os arquitectos que tenham nacionalidade portuguesa no momento da candidatura apresentem as suas obras a concurso, ainda que as mesmas tenham sido projectadas quando não tinham adquirido ainda a nacionalidade portuguesa.

13. A posição sustentada por V. Exa. parece esquecer ainda a importante contribuição que tem sido e continua a ser dada por arquitectos estrangeiros para o desenvolvimento e consolidação da arquitectura portuguesa. Não é necessário ser especialista em História da Arte para reconhecer a importância dessas contribuições

em alguns dos marcos mais importantes do passado e do presente da Arquitectura em Portugal; pense-se, por exemplo, em Diogo Boytac (1460-1528), cuja nacionalidade é discutida, mas que se julga ter sido francês (Mosteiro dos Jerónimos), em João Frederico Ludwig ou Ludovice (1670-1752), que só depois da construção do Convento de Mafra adquiriu a nacionalidade portuguesa, em Carlos Mardel (1695-1763), de origem húngara ou francesa (a baixa pombalina), em John Carr, um dos muitos ingleses que tiveram papel de relevo na traça do Porto (Hospital de Santo António, de 1769), em Luigi Manini, italiano (Palace Hotel do Buçaco, construído em 1888-1907), e em Ernesto Korrodi, nascido na Suiça em 1870 (Paços do Concelho, Mercado Fechado e Agência do Banco de Portugal, em Leiria, e edifício na Rua Viriato, em Lisboa, galardoado com o Prémio Valmor). Refira-se, por último, Nicolau Nasoni (1691-1773), arquitecto italiano, cuja obra mais conhecida é a Torre dos Clérigos "- ficando esta até hoje como verdadeiro símbolo da cidade do Porto, na sua esbelteza e elegância, em que se reflecte nitidamente a ascendência toscana do seu autor e a sua suprema compreensão do granito como material escultórico. N. N. sobe criar um estilo muito pessoal, de trânsito do barroco italiano para o rocócó, e que obteve a plena aceitação do povo do Norte de Portugal"(FLÓRIDO DE VASCONCELOS, Nasoni (Nicolau), Verbo - Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura). Considerará V. Exa. que as obras em causa não se integram ou não reflectem as características da arquitectura portuguesa, por não serem da integral autoria de arquitectos portugueses?

14. Deverá, pois, concluir-se que possuir a nacionalidade portuguesa não é condição necessária nem suficiente para o entendimento e manuseamento da matriz cultural portuguesa, ou para o conhecimento das suas características específicas. E, necessariamente, a forma como essa especificidade eventualmente se traduza nos conteúdos das disciplinas artísticas ou dos diversos ramos do saber, como a arquitectura, não deixa de ser acessível a quem não possui nacionalidade portuguesa. Por isso, as obras da autoria de arquitectos estrangeiros construídas em território português não estão impedidas de revelar as características próprias da arquitectura portuguesa.

15. Devo ter em conta que na resposta remetida, V. Exa. não se pronuncia, de forma directa, sobre um dos fundamentos nucleares da Recomendação n.º 47/A/97, relativo à posição dos arquitectos estrangeiros enquanto membros efectivos da AAP. É só no parecer do Senhor Professor Jorge Miranda, posteriormente remetido, que a questão é tratada.

16. Quanto a este aspecto, não pode deixar de se reiterar que, se a AAP admite como membros efectivos arquitectos estrangeiros, não poderá deixar de retirar todas

as consequências dessa admissão, tendo que defender os interesses, direitos e prerrogativas desses associados de acordo com um mesmo critério, sob pena de lhes dispensar um tratamento inigualitário que não encontra qualquer justificação, como se referiu.

17. Ao invés da ideia expressa pelo Senhor Professor Jorge Miranda a pp. 23 do parecer, segundo a qual " o compromisso primacial das entidades públicas portuguesas é para com os portugueses", melhor será entender que o compromisso primacial da Administração Pública é para com os administrados, sejam estes portugueses, estrangeiros ou apátridas. Em especial, o compromisso das associações públicas é para com os seus associados, qualquer que seja a sua nacionalidade.

18. A admissão como membro da AAP traduz uma apreciação positiva por parte da classe profissional dos arquitectos quanto às capacidades profissionais dos membros admitidos, não podendo a AAP proceder, posteriormente, em relação a qualquer dos seus associados, com base em outros critérios que não apenas os atinentes à deontologia e mérito profissional.

19. Pergunta-se: que desigualdade de facto haverá entre um arquitecto estrangeiro que exerce a sua profissão em Portugal, onde reside, e um arquitecto português com semelhantes características? Será de modo a justificar uma discriminação positiva do segundo em desvantagem do primeiro?

20. Como reconhece o Senhor Professor Jorge Miranda, "para os arquitectos estrangeiros residentes em território português o essencial está em poderem desenvolver a sua actividade profissional sem obstáculos nem discriminações". É bem sabido como a participação em concursos é importante para o público reconhecimento do trabalho de um arquitecto. É por isso que, de modo algum, se poderá entender como lateral ou acessório o efeito discriminatório causado aos Reclamantes quando sem fundamento objectivo e racional essa Associação empresta a sua imagem a concursos que não promovem igualmente todos os seus membros.

21. Ora, não se pode confundir a arbitrariedade deste critério com o de outros que o Senhor Professor Jorge Miranda convoca para justificar a posição da AAP - um prémio para jovens arquitectos ou um prémio para obras de arquitectura executadas em certa região. Aí encontramos categorias cujo recorte e definição nada têm de arbitrário ou subjectivo. Haverá, porventura, aquilo a que o Senhor Professor Jorge Miranda se refere a pp. 13 do parecer ("admissibilidade de discriminações positivas"), já para prestigiar certa região do país (não está em causa o tratamento dado a

arquitectos, mas sim a regiões, já que qualquer projecto aí executado será considerado, independentemente da naturalidade, residência ou nacionalidade do seu autor), já para conferir notoriedade a autores cuja juventude os torna menos conhecidos do grande público.

22. Em abono da defesa da co-organização pela AAP do concurso para a atribuição do Prémio Secil de Arquitectura, V. Exa. vem também invocar a ordem jurídica comunitária, pretendendo que a liberdade de estabelecimento dos Reclamantes não é posta em causa. É uma invocação destituída de oportunidade e infeliz, como veremos, pois o contributo que a ordem jurídica comunitária pode dar, no caso vertente, vai justamente no reforço da inadmissibilidade da actuação dessa Associação Profissional.

23. O artigo 52.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia prevê a liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro.

24. A liberdade de estabelecimento pode ser definida como "o] direito que os cidadãos de um Estado membro têm de exercer de modo contínuo e permanente uma actividade independente noutro Estado membro" (JORGE FERREIRA ALVES, Lições de Direito Comunitário, I, Coimbra, 1989, p. 268). A liberdade em causa protegerá, pois, a prática de todos os actos materiais e jurídicos que se compreendam no âmbito da actividade exercida.

25. A participação em concurso organizado conjuntamente por uma das duas maiores empresas nacionais na área dos cimentos e pela associação profissional que congrega os arquitectos, destinado a premiar uma obra executada em território nacional que utilize o betão armado como elemento predominante da sua estrutura resistente, não pode, como já se referiu, deixar de ser vista como um facto relevante na carreira de qualquer arquitecto, enquanto reconhecimento da qualidade da obra concorrente e elemento de valorização profissional do seu autor ou autores. Terá de se reconhecer que a proibição de participação de alguns dos membros da AAP poderá afectar a sua valorização profissional, pelo menos no sentido de não beneficiarem do reconhecimento profissional e notoriedade que a participação no concurso (e eventual vitória) lhes traria.

26. Desta forma, deverá concluir-se que a proibição, por razões alheias ao mérito profissional, de participação num concurso de âmbito nacional para atribuição de prémio a obra de arquitectura, co-organizado pela associação profissional dos arquitectos, cerceia a liberdade de estabelecimento.

27. O Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia tem considerado, desde o

Acórdão Reyners v. Bélgica, de 21.06.74, que o artigo 52.º do TCE tem efeito directo (vertical), criando direitos subjectivos para os particulares e podendo ser invocado perante os órgãos jurisdicionais ou outras autoridades internas. Conforme observa o Tribunal de Justiça em acórdão mais recente, "[o] artigo 52.º do Tratado CEE é uma das disposições fundamentais da Comunidade e é directamente aplicável aos Estados-membros, depois de terminado o período transitório (Acórdão Comissão v. França, de 28 de Janeiro de 1986).

28. MOTA CAMPOS recorda, a este respeito, e, em especial, para o caso que aqui é tratado, que: "convém ter em conta, porém, que no domínio do direito de estabelecimento o princípio da não-discriminação se impõe não apenas nas relações entre os Estados e os particulares, mas igualmente nas relações entre os particulares e as associações ou organizações profissionais que possam interferir com o exercício desse direito" (Direito Comunitário, III vol., Lisboa, 1991, p. 347).

29. Deste modo, cabendo a participação em concursos destinados a premiar projectos ou trabalhos produzidos no exercício de uma actividade profissional na esfera de protecção do artigo 52.º do TCE, e tendo este efeito directo, não pode deixar de se considerar que a restrição estabelecida pela Secção C do Regulamento do Prémio Secil de Arquitectura viola a liberdade de estabelecimento, ao afastar do concurso arquitectos estabelecidos em Portugal com base na sua nacionalidade.

30. Para concluir, não quero deixar de relembrar a V. Exa., no momento em que está em curso a transformação da AAP em Ordem dos Arquitectos, que a devolução de poderes pelo Estado para regular e disciplinar o exercício das actividades profissionais às ordens profissionais implica necessariamente, nos termos do artigo 267.º, n.º 4, da Constituição, o respeito pelos direitos dos seus membros, não apenas dos direitos, liberdades e garantias em geral (a começar pela liberdade de profissão), mas também dos direitos propriamente associativos (VITAL MOREIRA, Administração Autónoma e Associações Públicas, Coimbra, 1997, p. 424), como sejam a participação na promoção da valorização profissional e científica dos seus associados, bem como na defesa dos seus interesses, direitos e prerrogativas [artigo 3.º, alíneas a) e e) dos Estatutos da AAP, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 465/88, de 15 de Dezembro].

31. Parte da Administração Pública, a Associação dos Arquitectos Portugueses encontra-se directamente vinculada às normas que contenham direitos, liberdades e garantias, devendo, pois, guiar-se por critérios rigorosamente objectivos sem se deixar influenciar por considerações de ordem emotiva. A Administração Pública

prossegue fins que lhe são confiados pelo Estado e não por uma ideia juridicamente imprecisa de nação ou pátria (cfr. JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, III, Coimbra, 1994, p. 54).

II
Conclusões

De acordo com o exposto, entendo, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que a Associação dos Arquitectos Portugueses não organize nem participe na organização de concursos para a atribuição de prémios de arquitectura que restrinjam o âmbito dos seus destinatários aos arquitectos detentores de nacionalidade portuguesa.

Recordo, por fim, a V. Exa. o dever contido no art. 38º, n.º 2, do referido Estatuto do provedor de justiça, para o qual me permito pedir a melhor atenção.

Recomendação sem resposta

Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de S. Pedro do Sul

R-3538/97
1998.07.14
Rec. n.º 49/A/98

I
Exposição de Motivos

1. Pelo Sr. Dr. R..., em representação dos Senhores J... e M..., foi-me apresentada queixa contra o licenciamento de uma exploração avícola , em Aldeia-Sul, concelho de S. Pedro do Sul.

2. A fim de habilitar a instrução do processo foi questionada a Direcção-Geral de Veterinária e essa Câmara Municipal. As informações obtidas permitiram concluir pela procedência da queixa e pela necessidade de serem adoptadas medidas adequadas à reposição da legalidade urbanística infringida.

3. Do ponto de vista do licenciamento da actividade avícola de produção pelos competentes serviços da Administração Central, o estabelecimento reclamado beneficia de autorização de funcionamento, encontrando-se legalizado desde 8.10.1996 (art. 3º do Decreto-Lei n.º 69/96, de 31 de Maio, e Portaria n.º 209/96, de 7 de Junho).

4. Não obstante o facto de se encontrar regularmente habilitado o funcionamento do estabelecimento, a localização das edificações não se conforma com a disciplina urbanística da zona em causa, disciplina já em vigor à data em que foi indevidamente autorizada a prorrogação da licença municipal de construção.

A
Dos Factos

5. Em 20 de Janeiro de 1981, licenciou a Câmara Municipal de S. Pedro do Sul as obras de construção do aviário, em nome de José Oliveira Lourenço.

6. As obras não foram concluídas, não foi requerida a emissão de licença de utilização e as instalações, em estado semi-acabado, foram destinadas a arrumos, até 1997.

7. Em 7 de Abril de 1997, o proprietário requereu a prorrogação do prazo para conclusão das obras, pedido que veio a ser deferido por despacho do Senhor Vereador João Rodrigues de Oliveira de 28.04.1997.

8. A fim de habilitar esta decisão solicitou a Câmara Municipal de S. Pedro do Sul a emissão de parecer à Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais do

Centro, porquanto, nos termos da Portaria n.º 86/96, de 15 de Junho, e do Regulamento do Plano Director Municipal de S. Pedro do Sul, a zona em questão integra-se na Reserva Ecológica Nacional.

B
Do Direito

9. Não previa o regime jurídico relativo ao licenciamento municipal de obras particulares constante do Decreto-Lei n.º 166/70, de 15 de Abril, a caducidade das licenças municipais de obras de construção civil. Esta lacuna deu origem à prática camarária traduzida na renovação de licenças há muito emitidas, sem que no momento da prorrogação dos prazos para conclusão das obras fossem apreciadas as pretensões de aproveitamento urbanístico dos solos à luz dos condicionamentos supervenientes.

10. Tendo o legislador reconhecido a lacuna e os prejuízos decorrentes da situação de indefinição a que propositadamente e com intuitos especulativos vinham sendo votados os solos, o Decreto-Lei n.º 19/90, de 11 de Janeiro, alterado em 10 de Dezembro pelo Decreto-Lei n.º 282/90, veio estabelecer a regra da caducidade das licenças municipais de construção, sempre que as obras não sejam iniciadas no prazo de quinze meses após a emissão da licença, se se encontrarem suspensas pelo mesmo prazo, se forem abandonadas e sempre que expire o prazo de validade estabelecido na própria licença [art. 1º, n.º 1, alíneas a), b), c) e d)].

11. A licença de obras reclamada no presente processo foi emitida em Janeiro de 1981, pelo que, não se encontrando a obra concluída à data da entrada em vigor do

Decreto-Lei n.º 19/90, de 11 de Janeiro, se tem de entender que a mesma caducou por força de quanto se dispõe nas alínea b) e c), do art. 1º, daquele diploma.

12. Sustenta a Câmara Municipal de S. Pedro do Sul que desconhecia, à data em que foi autorizada a renovação da licença, a disciplina normativa acima descrita, pelo que se vira impedida de proceder à demolição das construções.

13. É inadmissível, contudo, que o desconhecimento do regime em questão seja por essa Câmara Municipal apontado como causa justificativa da manutenção de uma situação que se apresenta ilegalizável, porquanto não são toleradas em áreas integradas na Reserva Ecológica Nacional as presentes construções.

14. À data em que foi autorizada a designada renovação da licença, tendo em vista a conclusão das obras, encontrava-se esta caducada, pelo que se mostrava legalmente impossível a prorrogação dos respectivos efeitos. A ser assim, o acto, impropriamente designado de renovação da licença, apresenta um objecto impossível, e, como tal é nulo (art. 133º, n.º 1, alínea c), do Código do Procedimento Administrativo).

15. São juridicamente impossíveis os actos cujo efeito ou medida seja proibido pela ordem jurídica. Da mesma forma que é nulo, em virtude da impossibilidade do respectivo objecto, o acto de revogação de um acto nulo, do mesmo desvalor jurídico padece a prorrogação de efeitos de um acto que já caducou (neste sentido, OLIVEIRA, Mário Esteves de, et al, Código do Procedimento Administrativo, Coimbra, 1997, p. 645).

16. Mas ainda que não se interpretasse a renovação da licença como um acto pelo qual se pretendeu prolongar no tempo os respectivos efeitos, mas antes como a concessão de uma nova licença, não podia ser diferente a conclusão a extrair quanto à natureza da invalidade do despacho do Senhor Vereador João Rodrigues Oliveira que ilegalmente habilitou os trabalhos de conclusão das obras contestadas.

17. Nos termos do art. 2º do já citado Decreto-Lei n.º 19/90, de 11 de Janeiro, uma vez caducada a licença de construção, o procedimento conducente à emissão de nova licença obedece aos requisitos da lei vigente à data da apresentação do requerimento respectivo, não sendo aproveitáveis os pareceres, autorizações e aprovações legalmente exigidos e que informaram o anterior procedimento. Da mesma forma se dispõe no art. 23º, n.º 3, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro.

18. Apenas por esta via se assegura que a pretensão de aproveitamento urbanístico do local irá ser apreciada à luz da disciplina de ordenamento do território em vigor no momento. E, de tal forma se mostra cara ao legislador a preocupação de reavaliação das formas de ocupação do solo decididas anteriormente, que são consideradas nulas as deliberações camarárias que desrespeitem a citada exigência.

19. Assim pode ser entendido no caso presente. Embora incorrectamente qualificado, o pedido apresentado pelo dono da obra em Janeiro de 1997 poderá ser entendido como um pedido de licenciamento ex novo das obras necessárias à conclusão das edificações destinadas a exploração avícola, ainda que o mesmo se apresente deficientemente instruído em face dos elementos exigidos pelo regime procedimental relativo ao licenciamento municipal de obras particulares, entretanto em vigor, e que foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro.

20. Por se encontrar a zona em causa integrada na Reserva Ecológica do concelho, requereu a Câmara Municipal de S. Pedro do Sul a emissão de parecer à Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais do Centro (art. 4º, n.º 6, do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro), tendo em vista a verificação de algumas das excepções à proibição genérica de edificar naquelas áreas.

21. Não se pronunciou, no prazo para tanto fixado, o serviço em questão do Ministério do Ambiente, pelo que, de acordo com o preceituado pelo artº 4º, n.º 4, do diploma citado, essa Câmara Municipal entendeu como favorável a falta de emissão de parecer e autorizou a realização das obras, com base na presunção de que estaria permitida construção, por já se encontrar autorizada à data da entrada em vigor da Portaria que operara a delimitação concelhia da reserva ecológica.

22. É improcedente, por que contraditório, este argumento. Se a Câmara Municipal de S. Pedro do Sul procedeu à emissão de nova licença, no âmbito de um procedimento novo, não se encontrava prevista ou autorizada qualquer edificação, pelo que o parecer favorável é, em si, um acto nulo, nos termos do art. 15º do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro, por violar a proibição genérica de edificação em zona da Reserva Ecológica Nacional.

23. Mais se dirá que o despacho do Senhor Vereador João Rodrigues Oliveira que licenciou as obras contestadas é nulo, também, porquanto infringe a disciplina de ordenamento do território municipal contida no respectivo Plano Director, ratificado pela resolução do Conselho de Ministros n.º 105/95, de 13 de Outubro.

24. A planta de condicionantes, anexa ao Regulamento do Plano Director Municipal de S. Pedro do Sul, inclui as áreas que nos termos da legislação respectiva fazem parte da RAN e da REN, considerando-se áreas de salvaguarda estrita (art. 67º do referido instrumento de planeamento). Nos termos da planta em questão, a exploração avícola reclamada encontra-se implantada em área da Reserva Ecológica Nacional, pelo que se verifica uma violação do disposto no plano municipal; violação essa que dá origem à nulidade do licenciamento (art. 52º, n.º 2, alínea b), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro).

25. E nem se argumente que a construção já se encontrava autorizada antes da entrada em vigor da portaria que operou a delimitação da REN para o concelho. Correctamente, deverá entender-se que se a construção se encontrou autorizada, essa autorização caducou por motivo imputável ao particular, e por efeito do Decreto-Lei n.º 19/90, de 11 de Janeiro, não produzindo, assim, quaisquer efeitos no momento em que foi solicitado a essa Câmara Municipal o licenciamento das obras em falta para conclusão do estabelecimento avícola.

26. No plano material não procede a invocação, no caso presente, do princípio da tutela de direitos adquiridos ou da confiança legítima que fundamenta a excepção à proibição de construir em zona da Reserva Ecológica Nacional (já que possuiria o particular título bastante emitido em momento anterior à delimitação da zona de reserva), porquanto já não dispunha o dono da obra de habilitação válida e eficaz à data do licenciamento.

27. Cumpre assim extrair da nulidade do licenciamento as consequências devidas quanto à possibilidade de subsistência das edificações.

28. Exigem os princípios da legalidade e da prossecução do interesse público, em que se funda a sanção da nulidade dos actos administrativos, que na destruição dos respectivos efeitos sejam praticados os actos necessários a repor a ordem jurídica e material, na situação em que estaria, se o acto ilegal não tivesse sido praticado.

29. Caducado o direito do particular em virtude do não preenchimento da condição resolutiva - conclusão da obra - da qual dependia a sua plena efectivação, tem que se entender que aquilo que foi edificado até se verificar a caducidade da licença, não coincidiu com o objecto da permissão de aproveitamento urbanístico nela contida.

30. A construção existente até 1997 não se conformou com a licença de

construção, uma vez que representou um minus relativamente ao que fora licenciado. Desconhece-se, até, se as edificações, em estado semi-acabado, possuiam qualquer aptidão funcional. Importará, contudo, reconhecer que obras suspensas ou abandonadas, por um longo período de tempo, não deixarão de ter um impacto urbanístico muito negativo.

31. Não tendo o particular procedido ao aproveitamento urbanístico que lhe havia sido autorizado, não apenas se encontram sujeitas a ser demolidas as obras efectuadas após 1997, como as realizadas até se verificar a caducidade da licença. Com efeito, não se constituiu na esfera jurídica do requerente qualquer direito decorrente da permissão contida na licença sobre o que havia sido edificado, e, por este motivo, não adquiriu, direito à utilização pretendida: estabelecimento de produção de espécies avícolas.

32. A aplicação estrita do princípio da retroactividade da declaração de nulidade exigiria, assim, que ordenasse o Senhor Presidente da Câmara Municipal de S. Pedro do Sul o despejo sumário das edificações e a respectiva demolição integral (art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, e art. 58º, n.º 1, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro).

33. Declarada a nulidade de um acto administrativo, autoriza, porém, a ordem jurídica que se considerem relevantes alguns dos efeitos decorrentes da situação de facto constituída aos seu abrigo, por força do decurso do tempo e de acordo com os princípios gerais de direito (art. 134º, n.ºs 1 e 2, do Código do Procedimento Administrativo).

34. Os efeitos putativos do acto de licenciamento em análise, traduzidos na subsistência das construções por um período prolongado de tempo, permitem atenuar o rigor da regra geral da necessidade de destruição da totalidade dos seus efeitos, a qual, repito, imporia que fossem demolidas as edificações existentes.

35. Assim, declarada a nulidade de um acto de licenciamento de obras particulares, mais não resta à câmara municipal que ordenar a respectiva demolição enquanto e na medida em que o ordenamento jurídico se oponha à respectiva subsistência. Com efeito, admite-se uma demolição parcial, porquanto é autorizada a legalização de uma construção, uma vez introduzidas as alterações que permitam observar os requisitos urbanísticos aplicáveis (art. 167º, § 1º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas).

36. Por esta via se garante que a afectação do direito de propriedade se restringe ao mínimo para satisfazer o interesse público em matéria urbanística. Não há interesse na demolição de uma obra que seja susceptível de se vir a conformar com os

requisitos materiais que lhe são aplicáveis.

37. O princípio da necessidade da demolição está expressamente consagrado no referido art. 167º do RGEU, uma vez que se admite a legalização, não apenas das obras que satisfaçam aos requisitos legais e regulamentares estabelecidos pelas normas técnicas e urbanísticas aplicáveis, mas também aquelas obras que sejam susceptíveis de vir a satisfazer tais requisitos. Desta forma, estabelece o § 1º deste artigo que a legalização poderá ser condicionada à execução dos trabalhos que para o efeito se reputem necessários, o que impõe a conclusão que a demolição deverá ser preterida sempre que através de obras de correcção e alteração seja possível satisfazer os requisitos de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade aplicáveis.

38. Do mesmo passo se diga, uma vez mais, que a solução proposta encontra apoio na regra fixada no art. 134º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo, no que tange ao reconhecimento de efeitos jurídicos decorrentes de actos nulos por força do decurso do tempo.

39. No caso vertente, importa considerar que sendo admissíveis em zona da Reserva Ecológica Nacional, construções anteriores à respectiva delimitação, poder-se-á admitir, na decorrência dos princípios citados, a subsistência das edificações contestadas, desde que destinadas a uma utilização ecologicamente inofensiva.

40. Assim, por aplicação dos princípios da boa-fé e da proporcionalidade, conclui-se que a o interesse público em matéria urbanística consente a existência em zona de Reserva Ecológica Nacional das edificações em questão, desde que a respectiva utilização não acarrete qualquer prejuízo de índole ambiental, o que não será, certamente, o caso de uma exploração avícola, cujo funcionamento, para além de outros inconvenientes, é altamente poluidor do ar e dos solos circundantes. A preservação dos equilíbrios ecológicos locais não se mostra afectada pela subsistência das edificações, mas antes, pela utilização que lhes é conferida.

41. Admitindo que as edificações originais possam subsistir, desde que destinadas a utilização diversa, cumprirá à Câmara Municipal de S. Pedro do Sul promover a cessação da actividade ali desenvolvida, sob pena da demolição de tudo quanto ali foi edificado ao abrigo de um acto de licenciamento nulo.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de

9 de Abril,

Recomendo

a) Que seja declarada a nulidade do despacho de Senhor Vereador João Rodrigues de Oliveira de 28.04.1997, que autorizou a prorrogação da licença, e, como acto consequente, do despacho que ordenou a emissão da licença de utilização das instalações (art. 15º, do Decreto-Lei n.º 93/90, de 19 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 213/92, de 12 de Outubro, e art. 52º, n.º 2, alínea b), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro);

b) Que seja ordenado o despejo sumário do estabelecimento avícola reclamado (art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951), e que às edificações seja conferida utilização insusceptível de afectar o equilíbrio ecológico da zona.

Recomendação não acatada
(erro nos pressupostos da recomendação, imputável à entidade visada)

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Lagos

R-1054/98
Rec. n.º 50/A/98
1998.07.27

I
Exposição de Motivos

A
Dos Factos

1. Apresentada queixa ao provedor de justiça contestando a deliberação da Câmara Municipal de Lagos de 4 de Fevereiro p.p., que ordenou a demolição de construções clandestinas e a remoção de um acampamento não autorizado instalado nas imediações do Estádio Municipal de Lagos, foram solicitados esclarecimentos à Câmara Municipal de Lagos, tendo sido recebido em resposta o ofício n.º 6594, de 13 de Maio p.p.

2. Através do referido ofício, a Câmara Municipal de Lagos informou a Provedoria de Justiça que as obras de construção em causa tinham sido realizadas sem o licenciamento municipal e sem autorização do proprietário do terreno, que já

confirmara à autarquia a sua oposição à subsistência das barracas e à permanência das caravanas no terreno. Informou ainda a Câmara Municipal que as obras em causa eram insusceptíveis de satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade, sendo, como tal, ilegalizáveis.

3. Relativamente à remoção do acampamento não autorizado, a Câmara Municipal comunicou que a actuação dessa competência se fundara no artigo 59.º do Decreto Regulamentar n.º 38/80, de 19 de Agosto, e no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro.

B

Da Demolição das Obras Ilegais

4. Ao presidente da câmara municipal compete, nos termos do artigo 58.º, n.º 1, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e do artigo 53.º, n.º 2, alínea l), do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, ordenar a demolição de obra não licenciada e, quando seja o caso, determinar que se reponha o terreno nas condições anteriores à infracção.

5. Este poder tem de ser articulado com o poder contido no artigo 167.º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, que permite à câmara municipal a aprovação de obras que se encontravam executadas, embora sem licença, ou ao arrepio da licença outorgada.

6. Assim, o presidente da câmara municipal só deverá ordenar a demolição desde que a obra não possa por outro meio satisfazer aos requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, segurança e salubridade das edificações, ou desde que o interessado nada promova com vista à legalização da obra.

7. No caso vertente, o proprietário do terreno já fez saber que não pretende pedir a legalização das barracas em causa, pelo que, mesmo que estas satisfizessem aos requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, segurança e salubridade das edificações - questão a que a Câmara Municipal de Lagos responde negativamente, sem contudo especificar -, não podem deixar de ser demolidas, já que o único sujeito com legitimidade para requerer a sua legalização não o pretende fazer.

8. E não se pode sequer considerar a possibilidade de aquisição do terreno onde estão implantadas as construções pelos autores das mesmas, através de acessão industrial imobiliária, nos termos do artigo 1340.º, n.º 1, do Código Civil, já que, para que esta se pudesse efectivar, para além de ser necessário que o valor acrescentado ao prédio pelas obras fosse superior ao valor que aquele tinha antes, os autores das obras teriam de estar de boa fé, o que não aconteceu, visto que não podiam desconhecer que o terreno onde implantaram as construções não lhes pertencia (artigo 1340.º, n. º 4, do Código Civil).

9. De qualquer forma, o procedimento de demolição terá de respeitar os direitos do proprietário, em especial o direito de audição prévia conferido pelo artigo 58.º, n.º 3, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, e os trâmites fixados pelo Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio.

10. Relativamente à audição do interessado, ela terá de anteceder a ordem de demolição, conforme impõe o referido artigo 58.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 445/91, o

que não foi respeitado pela deliberação da Câmara Municipal de Lagos em causa. Ela é, nessa medida, inválida.

11. E não se pode pretender, como parece fazer a Câmara Municipal de Lagos, nos esclarecimentos enviados à Provedoria de Justiça, que a comunicação remetida posteriormente pelo proprietário sanaria o vício em causa. A audiência dos interessados tem de ter lugar antes de ser tomada a decisão final, a fim de poderem ser tomados em consideração pelo decisor a posição manifestada pelos interessados. Quer o artigo 58.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 445/91, quer o artigo 100.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo são perfeitamente claros quanto a este aspecto.

12. Por outro lado, o procedimento de demolição terá de se conformar com as regras contidas no Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio: não sendo cumprida a ordem de demolição, a mesma só poderá ser efectuada pela Câmara Municipal após ter tomado posse administrativa do terreno, nos termos dos artigos 6.º e 7.º do referido diploma legal.

C
Da Remoção do Acampamento não Autorizado

13. O artigo 59.º, n.º 1, do Decreto Regulamentar n.º 38/80, de 19 de Agosto, invocado pela Câmara Municipal para sustentar a sua actuação, proibia a prática do campismo fora dos parques de campismo nos centros urbanos, nas zonas de protecção a nascentes e condutas de água potável ou a menos de 1 km dos próprios parques e das praias ou outros lugares habitualmente frequentados pelo público, a menos que fosse obtida autorização da Direcção-Geral do Turismo (artigo 60.º, n.º 1). A realização de acampamentos com carácter eventual sem a autorização da Direcção-Geral do Turismo, além de sujeita a multa, impunha às autoridades administrativas ou policiais que promovessem o imediato abandono do local (artigo 60.º, n.º 6).

14. Por sua vez, o artigo 15.º, n.º 1, do regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro, também referido pela Câmara Municipal de Lagos, vem estabelecer que a realização de acampamentos ocasionais fora dos locais adequados à prática do campismo e do caravanismo fica sujeita à obtenção de licença gratuita emitida pelo governador civil, devendo ser requerida pelo responsável do acampamento e dependendo a sua concessão de autorização expressa do proprietário do prédio, e dos pareceres favoráveis do delegado de saúde, da câmara municipal e do

comandante das forças policiais.

15. Deve considerar-se que o artigo 15.º, n.º 1, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 316/95 revogou os artigos 59.º e 60.º do Decreto Regulamentar n.º 38/80, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, do Código Civil, já que a solução que o primeiro contempla não se mostra compatível com a contida no diploma anterior: a realização de acampamentos ocasionais fora dos parques de campismo passou a estar sempre sujeita a licenciamento, o qual compete agora ao governador civil.

16. A intervenção das câmaras municipais limita-se agora à emissão de parecer prévio ao licenciamento pelo governador civil [artigo 15.º, n,º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 316/95], não lhes sendo conferida pela lei qualquer competência no domínio das medidas de polícia destinadas ao desmantelamento de acampamentos ocasionais ilegais, afrontando o exercício desses poderes pelas câmaras municipais, sem suporte legal, o princípio da tipicidade legal das medidas de polícia, previsto pelo artigo 272.º, n.º 2, da Constituição.

17. Não se encontrando nas atribuições do município o licenciamento, a vigilância ou a remoção dos acampamentos ocasionais, a deliberação da Câmara Municipal de Lagos, contida no Aviso n.º 46/98, que ordenou a remoção do acampamento em causa, é nula, nos termos do artigo 133.º, n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo. E sendo nula, não pode produzir quaisquer efeitos jurídicos, conforme estabelece o artigo 134.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

à Câmara Municipal de Lagos que:

A) Revogue a deliberação camarária de 4 de Fevereiro p. p., na parte em que ordena a demolição das construções clandestinas sitas no terreno junto ao Estádio Municipal de Lagos, por não ter sido precedida da audição prévia do interessado, como obriga o artigo 58.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro;

B) Declare a nulidade da deliberação camarária de 4 de Fevereiro p. p., na parte em que ordena a remoção do acampamento ilegal, por falta de atribuições do Município nesta matéria.

Recomendação acatada

Ao
Exmº Senhor
Governador Civil do Distrito de Beja

R-4843/96
R-3872/97
Rec. n.º 52/A/98
1998.07.31

I
Dos Factos

1. Em Barrancos, integrado nas festas de Nossa Senhora da Conceição - que têm o seu início a 28 de Agosto de cada ano -, e durante dois ou três dias, vacas e touros vão sendo soltos pelas ruas da vila, sendo alguns deles concentrados frente a uma bancada improvisada numa das praças da localidade, terminando a lide com a morte das reses (em geral duas vezes por dia) que são, então, consumidas no decurso dos festejos que se prolongam pela noite.

2. Deslocam-se, habitualmente, ao local, para assistir a esta exibição, vários milhares de pessoas (cerca de seis mil) vindas do país e de Espanha, onde a prática de touros de morte é consentida.

3. Alertado para o facto pela delegação de Viseu da Liga Portuguesa dos Direitos do Animal, veio esse Governo Civil, já em 13 de Agosto de 1996 (ofício n.º 3156; Procº D-7/3349) invocar o desconhecimento de tal intenção comprometendo-se, não obstante, a proceder a averiguações sobre a matéria.

4. Certo é que os factos se repetiram nas festas locais em honra de Nossa Senhora da Conceição em finais de Agosto de 1996 e de 1997.

5. Tendo sido instado por este Órgão do Estado, pela primeira das vezes através do ofício n.º 16894, de 7 de Outubro de 1997, a informar, circunstanciadamente, quanto às medidas tomadas com vista a evitar o sucedido, veio V. Exa. responder, em 3 de Abril p.p., que não constam dos registos quaisquer pedidos de autorização para a lide de touros de morte, nem para os anos transactos, nem para o ano em curso, acrescentando que se tal vier a acontecer se procederá às necessárias averiguações.

II

Dos Fundamentos

6. Fazer depender do pedido de autorização para a lide de touros de morte a tomada de medidas que impeçam a repetição do sucedido, parece-me postura de difícil compreensão e eficácia.

7. Não se vislumbra que, com efeito, alguém venha a formular tal pedido de autorização sabendo que o acto que pretende praticar é criminalmente punido.

8. Verifica-se, na verdade, que o facto de aqueles animais serem dotados de sensibilidade foi considerado condição suficiente para que merecessem tutela jurídica penal.

9. A conduta em apreço já vem sendo incriminada desde a publicação do Decreto n.º 15:355, de 14 de Abril de 1928 (e ainda em vigor), que proíbe, absolutamente, as touradas com touros de morte realizadas em qualquer recinto improvisado para esse fim.

10. Ali se prevê a aplicação aos intervenientes ("proprietário" dos animais, "empresário" e "matador") das penas determinadas no § único do art. 1º (note-se que para o "matador" a pena poderá ascender aos três anos de prisão).

11. Mais ali se determina "a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução do presente decreto com força de lei pertencer, o cumpram e façam cumprir" (art. 3º).

12. Acresce, que o facto de a carne dos animais abatidos ser destinada ao consumo do público faz com que a conduta descrita, porque perpetrada fora de matadouro licenciado ou recinto a esse efeito destinado pelas autoridades competentes, seja, ainda, susceptível de se enquadrar no crime de abate clandestino p. e p. no art. 22º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (que contém o regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública).

13. Faço notar que nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Animal, proclamada pela UNESCO, em 15 de Outubro de 1978, "todo o acto que implique a morte de um animal sem necessidade é um biocídio, isto é, um crime contra a vida" (art. 11º).

14. E é esta concepção que se reitera com a publicação da Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro, quando ali se proíbem "todas as violências injustificadas contra animais, considerando-se como tais os actos consistentes em, sem necessidade, se inflingir a morte" (art. 1º, n.º 1).

15. E manda este diploma, a todas as autoridades e tribunais, que adoptem "as medidas preventivas e urgentes necessárias e adequadas para evitar violações em

curso ou eminentes" (art. 10º).

16. E nem se diga que a prática em apreço constitui costume a ter em conta.

17. É que, mesmo para aqueles que defendem o costume como fonte de direito (entre outros, OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, O Direito - Introdução e Teoria Geral, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª edição pp. 220 e segs; CASTRO MENDES, João de, Introdução ao Estudo do Direito, Faculdade de Direito de Lisboa, 1977, pp. 181 e segs.) este é caracterizado como uma prática reiterada - elemento material - acompanhada da convicção de obrigatoriedade - elemento psicológico.

18. Ora, não se vislumbra, sequer, que o elemento psicológico da formação de um costume se verifique no caso em concreto.

19. É que, a pretensa tradição que estaria subjacente ao acto em apreço, além de puramente local, encontra-se em manifesta contradição com as características da arte tauromáquica portuguesa e com o sentimento geral da nossa sociedade, a quem repugna a morte pública dos touros em lide.

20. Mesmo ainda que de um verdadeiro costume se tratasse, o que, repete-se, não se verifica, certo é que a prevalência do costume contra legem não é admitida no nosso ordenamento jurídico, dada a previsão contida no art. 7º do Código Civil.

21. A ser relevante, o costume contra legem implicaria a cessação da vigência da lei.

22. Ora, a norma citada só admite a cessação da vigência da lei por efeito de outra lei que a revogue.

23. E tal preceito, sendo de direito comum, será aplicável, por natureza, e directamente, a qualquer ramo do direito, salvo se houver norma em contrário.

24. Aplicar-se-á, portanto, também, ao Direito Penal (cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, ob. cit. pp. 227 e segs.).

25. De resto, nem se vê como possa admitir-se que a reiteração desta conduta seja condição suficiente para a sua justificação, em especial, num domínio onde o legislador reconheceu que o bem jurídico a proteger é de valor tal que impõe a incriminação das condutas que o atinjam.

26. Por seu turno, permitir a prevalência do costume contrário à lei não pode deixar de ser considerado como atentatório do princípio constitucional do Estado de Direito, na sua vertente do primado da lei. Princípio basilar do nosso ordenamento jurídico.

27. "A obediência às normas jurídicas é a regra geral, mediante a aceitação,

voluntária ou involuntária, consciente ou inconsciente da comunidade social e por outro lado os órgãos do Estado velam pela efectiva incorporação na vida social do direito formalmente promulgado" (CAVALEIRO FERREIRA, Lições de Direito Penal, Vol. I, 2ª edição, 1987, p. 11).

28. O princípio da subordinação da Administração à lei, comporta a necessidade de esta conformar a sua actuação com os quadros legais existentes.

29. Estão, com isso, os órgãos da Administração Pública vinculados, na sua actuação, aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos (art. 266º da Constituição da República Portuguesa e arts. 3º e 4º do Código do Procedimento Administrativo).

30. Alerta MARCELLO CAETANO (Manual de Direito Administrativo, Vol. II, Almedina, 9ª edição, 1980, pp. 1201 e seg.) para o facto de o cumprimento das leis e o respeito dos direitos subjectivos e interesses legítimos dos particulares traduzir uma imposição evidente do Estado de Direito.

31. Consistindo o espectáculo em apreço num divertimento público que tem lugar ao ar livre e na via pública, a sua organização está dependente de licença do Governo Civil (art. 27º do Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro, que regula o exercício de diversas actividades).

32. Estando confiado a esse Órgão o poder de licenciar, está-lhe também confiado o poder de reprimir.

33. Por seu turno, sendo o Governador Civil o órgão que representa o Governo na área do distrito tendo a seu cargo, no exercício das funções de polícia, a defesa da ordem pública, compete-lhe tomar as providências necessárias para manter ou repor a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, requisitando, para o efeito, e se necessário, a intervenção das forças de segurança aos comandantes da PSP e da GNR, instaladas no distrito (art. 4º n.º 3, al. a), do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro, que aprovou o estatuto do Governador Civil, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro).

34. FREITAS DO AMARAL, considera, até, as funções de defesa da ordem pública como "as principais funções do Governador Civil no nosso direito" (Curso de Direito Administrativo, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 1997, p. 325).

35. E a competência é irrenunciável, não apenas na sua titularidade, como também no seu exercício (art. 29º do Código do Procedimento Administrativo).

36. "Os órgãos administrativos estão legalmente obrigados a exercer a sua competência - é um poder que se exerce por cominação funcional da lei". É, assim, "uma constrição que impende sobre os órgãos administrativos (ou competentes em

matéria administrativa) com o objectivo de garantir a prossecução do interesse público" (OLIVEIRA, Mário Esteves de, Código do Procedimento Administrativo, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 1997, p. 192).

37. "Na medida em que a Administração não regulamenta, ou não fiscaliza a observância dos regulamentos editados, não previne ou reprime, não sanciona ou não intervém, abstendo-se na utilização dos seus poderes-deveres, multiplicam-se as possibilidades de excessos ou deformações no exercício das atividades ou no gozo dos direitos por parte da coletividade administrada, de modo a surgirem, com a força das consequências inevitáveis, prejuízos, incômodos ou lesões em relação a ponderáveis parcelas dessa mesma comunidade. As violações de massa ensejam a constatação da inércia". (SABELLA, Walter Paulo, Justitia - Órgão do Ministério Público de São Paulo, A Omissão Administrativa como Causa de Conflituosidade Social, São Paulo, Abr./Jun. 1985, p. 70).

38. E porque a irrenunciabilidade se traduz, afinal, numa exigência basilar da legalidade administrativa, a lei veio a tipificar a denegação de justiça como comportamento que constitui ilícito criminal (art. 12º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, sanções aplicáveis e respectivos efeitos).

39. Sendo o facto em questão praticado publicamente, e em momento que já se prevê, não se vislumbram motivos que justifiquem a não adopção de medidas de polícia que impeçam a verificação daquele ilícito criminal.

40. Face ao quadro legal acabado de traçar e à crescente preocupação da nossa sociedade com a defesa do meio ambiente, o que implica o respeito pelos direitos dos animais, entendo que não será de tolerar, ainda que a pretexto de uma tradição popular, um espectáculo com as características do em apreço, onde a morte dos animais é justificada pelo simples gaúdio daqueles que a ela assistem, sem serem cumpridas, sequer, as mais elementares regras de conduta por forma a eliminar todos os sofrimentos evitáveis.

41. "O homem, representante de Deus na terra, é usufrutuário da natureza, mas este estatuto privilegiado não o autoriza a fazer tudo o que quer. Assim, se pode matar o animal para se alimentar, não está autorizado a fazê-lo sofrer. Enquanto o animal estiver vivo, o homem não pode abusar dele." - COSTA, António Pereira da, Dos Animais (O Direito e os Direitos), Coimbra Editora, 1998, pag. 13.

III

Conclusões

São estas motivações, Senhor Governador Civil, que me aconselham dever,

Recomendar

a V. Exa. (ao abrigo do disposto no art. 20º, n.º 1 al. a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) que sejam adoptadas as medidas adequadas a evitar a repetição dos factos supra descritos e, caso ainda assim os mesmos se venham a verificar, sejam os infractores identificados, e o assunto prontamente encaminhado para as autoridades com competência específica na matéria, porque de ilícito criminal se trata.

Recomendação não acatada

Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Moita

R-1757/96
Rec. n.º 53/A/98
1998.07.31

I
Exposição de Motivos

1. Foi apresentada uma queixa na Provedoria de Justiça relativa à realização de obras particulares no edifício sito na Rua..., n.º 48, Vale da Amoreira, no concelho da Moita.

2. A referida queixa fundava-se no facto de ter sido aberta um vão do lado nascente do referido edifício, ou seja, na fachada que confronta com o logradouro do edifício contíguo, situado no n.º 49, colocando em causa a privacidade dos seus habitantes.

3. Sobre o assunto foram pedidos esclarecimentos à Câmara Municipal da Moita, através do ofício n.º 9591, de 7 de Junho de 1996. Em resposta datada de 15 de Junho de 1996, essa Câmara Municipal informou que: "1. as obras reclamadas, relacionadas com a abertura de uma janela no edifício supra identificado, foram executadas sem licença municipal.

2. As referidas obras, para além de desrespeitarem o projecto aprovado, violam o n.º 1 do artº 1360 do C. Civil, pelo que foi o infractor notificado, (depois de ter tido a faculdade de se pronunciar nos termos do n.º 3 do art 58º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro), para proceder à reposição da obra em conformidade com o projecto aprovado".

4. Questionada sobre a adopção de medidas destinadas a repor a legalidade urbanística no local, pelo ofício n.º. 15779, de 4 de Outubro de 1996, foi dado conhecimento que havia sido deduzida participação crime contra o infractor e que no "que respeita à reposição da obra, por parte da Câmara Municipal, em conformidade com o projecto aprovado, aguarda oportunidade para o efeito, pois a autarquia carece de meios para promover essas acções, que pela sua amplitude em termos de toda a área do Município impõem que se priorizem as intervenções (e esta está longe de ser a mais grave)"

5. Não há dúvida que a actuação da Câmara Municipal da Moita, na medida em que ordenou a reposição da obra em conformidade com o projecto aprovado e deduziu participação crime por desobediência àquela ordem, se desenvolveu no âmbito de um estrito cumprimento da lei.

6. Com efeito, a Câmara Municipal da Moita verificou que as obras de alteração em causa (abertura de vão no lado nascente do edifício), tinham sido realizadas sem a necessária licença municipal.

7. Estando em causa uma obra realizada em violação do disposto no Regime de Licenciamento Municipal de Obras Particulares, constante do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, foi ordenada a respectiva demolição, ao abrigo do art. 58º do mesmo diploma.

8. Na verdade, com vista ao restabelecimento da ordem jurídica violada, o citado art. 58º, n.º 1, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, confere ao presidente da câmara municipal o poder de ordenar a demolição da obra e a reposição do terreno, quando for caso disso.

9. No mesmo sentido, o art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU) estabelece que as "Câmaras Municipais poderão ordenar (...) a demolição ou o embargo administrativo das obras executadas em desconformidade com o disposto nos artigos 1º a 7º".

10. Aliás, e não obstante a formulação dos preceitos legais citados (art. 58º do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro e art. 165º do RGEU) indicar a possibilidade de escolha entre ordenar a demolição ou não ordenar a mesma, certo é que se está perante um poder vinculado, um dever de ordenar a demolição de obras ilegais.

11. Porquanto, nos termos do art. 167º do RGEU, a demolição das obras "só poderá ser evitada desde que a câmara municipal ou o seu presidente, conforme os casos, reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade".

12. Esta vinculação mereceu já concretização jurisprudencial, tendo o Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) decidido que "caso os particulares ou pessoas colectivas procedam a construções sem licença ou com inobservância das condições desta, dos regulamentos, posturas municipais ou planos directores, de urbanização ou de pormenor em vigor, devem as câmaras municipais, no exercício de um poder vinculado, ordenar a demolição dessas construções" (cfr. Acórdão de 6-11-1990, in Actualidade Jurídica, Ano 2, n.º 13-14, p. 35).

13. Por outro lado, o incumprimento de uma ordem de demolição constitui desrespeito de um acto administrativo, nos termos e para os efeitos do disposto no art. 59º do regime aprovado pelo citado Decreto-Lei n.º 445/91, como bem entendeu V. Exa. quando promoveu participação do crime junto do Ministério Público.

14. No entanto, a Câmara Municipal da Moita alegou que não procederia, desde já, por sua iniciativa, à demolição da obra, por falta de meios financeiros e atenta a valoração da gravidade da situação sub judice, o que não pode deixar de nos merecer alguns reparos. Senão vejamos:

15. Exercido o referido poder vinculado de ordenar a demolição da obra ilegal e decorrido o prazo estabelecido para o efeito, o Presidente da Câmara deve proceder à demolição da obra, por conta do infractor, de acordo com o citado art. 58º, n.º 4, do Regime de Licenciamento Municipal de Obras Particulares.

16. A este propósito, o art. 6º do Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio dispõe, também, que "Decorrido o prazo para o início ou para a conclusão dos trabalhos de demolição sem que a ordem se mostre cumprida, a entidade ordenante procederá à demolição da obra por conta do infractor, tomando para o efeito, posse administrativa do terreno".

17. A Câmara Municipal da Moita reconheceu estar sujeita a este dever, alegando que a actuação correspondente só não seria adoptada em virtude da falta de meios financeiros e atenta a pouca gravidade relativa da situação em causa.

18. O que a Câmara Municipal da Moita alegou, em suma, foi encontrar-se perante um conflito de deveres e que em face da ponderação dos mesmos deveres, atentos os meios disponíveis e a gravidade relativa das situações, não procederia, de imediato, à demolição da obra ilegal em causa.

19. A figura do conflito de deveres é reconhecida na nossa ordem jurídica, constituindo, nos termos do art. 36º do Código Penal, uma causa de exclusão da ilicitude.

20. Assim, a decisão sobre a demolição da obra em causa supõe que se tomem em consideração os meios disponíveis para actuar e a hierarquia dos bens jurídicos envolvidos nas diversas situações de obras ilegais que suscitam a intervenção dessa Câmara Municipal.

21. É certo que face à existência de várias situações de obras ilegais que suscitariam a intervenção da Câmara Municipal, as mesmas deverão ser consideradas em função do prejuízo decorrente para o interesse público da manutenção da situação

de ilegalidade.

22. A actuação de demolição das obras ilegais visa, em qualquer caso, a salvaguarda do interesse público subjacente às normas violadas na execução da obra e esse interesse público pode ser afectado em maior ou menor medida, com consequente maior ou menor relevância do bem jurídico a salvaguardar pela actuação tendente à reposição da legalidade.

23. Neste âmbito, só V. Exa. está em condições de ponderar os interesses públicos afectados pelas várias situações de obras ilegais que reclamam uma actuação municipal, por forma a estabelecer prioridades.

24. Contudo, no que respeita à alegada falta de meios financeiros por parte da autarquia para promover, por sua iniciativa, a demolição da obra ilegal, há que salientar que, no caso concreto, a obra necessária à reposição da legalidade, se traduz, tão somente, na tapagem do vão ilegalmente aberto, pelo que está em causa, necessariamente, uma despesa de carácter diminuto.

25. Por outro lado, nos termos do art. 6º, n.º. 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio, as despesas ocasionadas pela demolição, embora possam ter que ser suportadas, numa primeira fase, pelo Município, deverão ser pagas pelo infractor, no prazo de 20 dias a contar de notificação para o efeito, podendo ser cobradas judicialmente, em processo executivo, acaso não ocorra o pagamento voluntário.

26. Sendo certo que o crédito correspondente a essas despesas goza, inclusivamente, de privilégio imobiliário sobre o lote de terreno onde se situa a obra ilegal, conforme estabelece o citado art. 6º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 92/95.

27. Resulta claro, assim, que está em causa uma quantia diminuta e que, nos termos legais, a mesma sempre poderá ser cobrada ao infractor, de forma expedita e beneficiando de garantia especial atribuída por lei.

28. A decisão relativa às várias demolições de obras ilegais que hajam de ser executadas, com vista a apurar as que requerem uma intervenção mais urgente da parte da administração, se deve ponderar os interesses públicos envolvidos, mas não pode ser alheia, também, aos meios cuja utilização em concreto se revela necessária.

29. A decisão quanto à demolição da obra ilegal em causa por iniciativa municipal não pode deixar de considerar a diminuta complexidade e extensão das operações materiais destinadas a repôr a legalidade no caso concreto e os reduzidos meios financeiros necessários para o efeito, que permitem concluir pela possibilidade e prioridade da sua execução.

30. Todos estes aspectos merecem a ponderação de V. Exa., Senhor Presidente da Câmara Municipal da Moita. E não devendo nem podendo o provedor de justiça

substituir-se à Administração Pública no exercício dos poderes que lhe estão legalmente cometidos para a prossecução dos fins de interesse público reflectidos, neste caso, nas atribuições municipais, terá V. Exa. de actuar no âmbito das competências destinadas à salvaguarda da legalidade urbanística.

II
Conclusões

a) Face à alegada impossibilidade da Câmara Municipal da Moita cumprir a obrigação de demolir todas as obras ilegais realizadas na área do seu município, deverão ser executadas as demolições que permitam salvaguardar bens jurídicos de maior relevância.

b) A decisão sobre quais, em concreto, os deveres a cumprir, supõe que sejam considerados os meios disponíveis e todas as situações que requerem a intervenção dessa Câmara Municipal.

c) Deverá, pois, ser tomado em consideração que, no caso vertente, a demolição da obra ilegal importará uma operação material de menor complexidade e extensão e uma despesa diminuta, a qual, nos termos do art. 6º, n.º. 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio, sempre poderá ser cobrada ao infractor, de forma expedita e beneficiando de privilégio creditório.

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1, CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são conferidos pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do provedor de justiça), no seu art. 20º, n.º 1, alínea a), e, como tal,

Recomendo

Que V. Exa. considere prioritária a demolição, por iniciativa municipal, da obra ilegal executada no edifício sito na Rua..., Vale da Amoreira, no Município da Moita, para efeitos de exercício das competências previstas no art. 58º, n.º 4, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro e de acordo com o procedimento disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Comandante Geral da Polícia de Segurança Pública

R-1721/96
Rec. n.º 54/A/98
1998.07.31

I
Exposição de Motivos

1. Dos Factos

Na sequência de queixa que me foi dirigida acerca de oficina de pirotecnia sita em Vilarinhos, São Brás de Alportel, foi promovida, para instrução do respectivo processo, em epígrafe identificado, audição da Câmara Municipal de São Brás de Alportel e da Inspecção Geral da Polícia de Segurança Pública.

Pronunciou-se o Exmo. Inspector Geral, em resposta às questões que lhe foram colocadas, a coberto do ofício n.º 248/INSPGER/96, de 3.9.1996 (v/ref: proc.00.12.43.2).

Por seu turno, veio a Câmara Municipal de S.Brás de Alportel, a prestar os esclarecimentos constantes de ofício n.º 567, de 6.2.1997, de que se junta cópia, para melhor apreciação.

Concluída a recolha dos elementos necessários à formulação de juízo sobre a matéria reclamada, permito-me relevar os seguintes factos e circunstâncias:

1. Por averbamento ao alvará n.º 203, foi, em 29.1.1955, autorizada a instalação de oficina pirotécnica no lugar de Fonte da Murta e freguesia de S.Brás de Alportel. Procede o estabelecimento em causa a operações de fabrico e armazenagem de fogos de artifício e outros artifícios pirotécnicos e ao fabrico de pólvora para manufactura de tais produtos.
2. O funcionamento da oficina foi causa de vários acidentes dos quais resultaram a morte de um trabalhador e a lesão da integridade física de outro trabalhador, que sofreu queimaduras graves. No plano patrimonial, foi verificada a destruição ou deterioração de edifícios da oficina e a projecção de destroços com incidência sobre as habitações vizinhas, com produção de danos.
3. Não foi observada, à data da autorização de instalação da oficina no lugar de Fonte de Murta, a proibição de implantação a menos de 150 metros de

habitação, edifício ou estrada, consignada no art. 59º do Regulamento sobre substâncias explosivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 37:925 de 1 de Agosto de 1950. Nem parece ter tido lugar vistoria para determinação de zona de segurança, nos termos previstos no art. 44º daquele diploma.

4. O despacho do Exmo. Vice-Presidente da Câmara Municipal de S.Brás de Alportel, de 6.5.1953, que julgou improcedentes as reclamações apresentadas no âmbito de processo de licenciamento de instalação da oficina, fundamentou-se na circunstância de a oficina distar mais de 150 metros da mais próxima habitação. Foi esse pressuposto que habilitou a asserção de inexistência de perigo para a vida dos moradores.
5. No entanto, os elementos facultados pelo Exmo. Presidente da Câmara Municipal à Provedoria de Justiça, permitem concluir em sentido oposto ao do juízo formulado em 6.5.1953. Verifica-se, na verdade, que, a menos de 100 m dos limites da propriedade na qual se situa a oficina, existem dez edifícios, na sua larga maioria destinados a habitação, dos quais sete se encontravam construídos à data da autorização da instalação do estabelecimento, e, bem assim, dois caminhos municipais de circulação rodoviária.
6. Em Janeiro de 1986 foram estabelecidas distâncias de segurança entre as diversas dependências constituintes do estabelecimento, por ponderação das respectivas lotações. Não se mostram, pois, satisfeitas as exigências prescritas pelo art. 11º, n.º 3 do Regulamento sobre a Segurança nas Instalações de Fabrico e de Armazenagem de Produtos Explosivos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/79 de 23 de Maio, relativamente à definição de zona de segurança, faixa de terreno de largura não inferior a cerca de 150 m, confinante com a área ocupada pelos edifícios do estabelecimento. A circunstância de a oficina, nas actuais condições de funcionamento, observar todos os requisitos de segurança definidos no alvará de licenciamento, não acautela, devidamente, os interesses de terceiros.
7. Com efeito, como informou a Inspecção-Geral, a natureza das matérias primas utilizadas no fabrico dos artifícios pirotécnicos, acarreta especial risco de acidente por deflagração de incêndios e explosões associados a erro humano ou inflamação de matérias por motivo fortuito ou caso de força maior. Mostra-se revelador, a este respeito, o incêndio que deflagrou no

alpendre do edifício n.º 3 em 27.3.1992, ao qual terá sido alheia a intervenção humana, merecendo, do mesmo, ponderação, a circunstância de permanecerem por identificar as causas da maioria dos acidentes ocorridos.

8. A Inspecção Geral e a Câmara Municipal de S.Brás de Alportel convêm que a actual localização da oficina acarreta perigo para a vizinhança.

   Na verdade, o esclarecimento prestado a coberto do ofício n.º 143/INSPGER/98, de 20.3.1998, nos termos do qual "não se pode afirmar com rigor técnico que existe perigo para a segurança e saúde pública", não se coaduna com as informações anteriormente facultadas, nem com a solução preconizada pela mesma entidade, reiterada no texto da mencionada comunicação: a transferência das instalações da oficina, que pressupõe, de resto, o seu encerramento.

9. Frustraram-se as diligências desencadeadas pela Câmara Municipal de S.Brás de Alportel, tendo em vista a alteração da localização do estabelecimento.

2. Do Direito

1. Na prevenção dos danos sociais de um acidente desencadeado pelo exercício de actividades que envolvam a utilização de substâncias explosivas, o legislador impôs exigências reforçadas.

Previu a definição de uma zona de segurança "exteriormente aos limites da área do terreno de instalação dos edifícios de fabrico e de armazenagem de uma fábrica, oficina ou paiól permanente, constituída por faixa de terreno na qual não deverão existir ou não se poderão construir quaisquer edificações, vias de comunicação ou instalações de transporte de energia, além das indispensáveis ao serviço próprio daqueles estabelecimentos" (art. 11º do Regulamento sobre a Segurança nas Instalações de Fabrico e de Armazenagem de Produtos Explosivos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/79 de 23 de Maio).

Estabeleceu a lei diferentes distâncias de segurança em função da natureza dos interesses a proteger.

A protecção da segurança do público em geral, população local e trânsito pedonal ou rodoviário, constitui uma preocupação do legislador, que subjaz à expressa previsão, no art. 15º do Regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/79, de 23 de Maio, da exigência da definição de distâncias a vias de comunicação de uso público e distâncias a edifícios ocupados (independentemente do uso praticado).

2. As distâncias de segurança fixadas entre o estabelecimento ou suas

dependências e, vias de comunicação, por um lado, e edifícios habitados, por outro, mostram-se insuficientes para debelar as incidências de eventuais acidentes sobre a integridade física das pessoas e a segurança dos bens.

A aprovação da localização do estabelecimento em inobservância da proibição legal consignada no art. 59º do Regulamento sobre Substâncias Explosivas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 37:925 de 1 de Agosto de 1950, e o posterior licenciamento municipal de novas edificações a curta distância dos limites da área de implantação das oficinas, propiciaram a criação de uma situação de especial perigosidade social.

A actuação camarária, no que tange às aprovações de projectos de construção na área que circunda o estabelecimento, concedidas na década de 1990, traduz a sua convicção de que a mesma constitui uma zona urbana, em parte ocupada por habitações, e dispondo de infraestruturas urbanas, aptas a satisfazer as necessidades do aglomerado que ali se fixou.

A caracterização da área envolvente à oficina como zona urbana exclui a possibilidade da sua definição como zona de segurança, destinada a precaver os riscos e inconvenientes que, para pessoas e bens, advenham do exercício de actividade perigosa.

3. Dão-se, assim, por verificadas as circunstâncias que determinam a caducidade da licença de instalação do estabelecimento, designadamente a existência de perigo para a segurança ou a saúde públicas e a insusceptibilidade da sua remoção (cfr. art. 31º, n.º1, al.f) do Regulamento sobre o Licenciamento dos Estabelecimentos de Fabrico e de Armazenagem de Produtos Explosivos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376/84 de 30 de Novembro).

Nem a circunstância de a instalação da oficina se encontrar licenciada permite obviar à caducidade da licença, já que se trata do domínio das licenças de polícia, actos precários por natureza.

3.1. Sobre o conceito de polícia no direito administrativo, pronuncia-se MARCELLO CAETANO, "definiremos a polícia como o modo de actuar da autoridade administrativa, que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir".

(...)

E prossegue o mesmo Autor: "A medida de polícia é um acto puramente preventivo que não carece da verificação de transgressão, contravenção ou crime para

ser aplicada, prosseguindo o fim de evitar a produção de danos sociais cuja prevenção caiba no âmbito das atribuições da polícia".

(...)

Acrescenta: "Bastará que o perigo assuma proporções graves para que, independentemente da produção de facto delituoso, a polícia poder tomar as precauções permitidas por lei a título de defesa da segurança pública".

(...)

Conclui MARCELLO CAETANO: "Em regra, as licenças policiais são revogáveis a todo o tempo pela autoridade que as concedeu desde que se verifique perturbação causada pela actividade permitida".

(Manual de Direito Administrativo, Vol. II,

pp. 1169 e 1170).

Os poderes conferidos ao destinatário dos actos precários existem unicamente por tolerância do órgão administrativo que a todo o tempo pode extingui-los, por motivo de interesse público. (Manual de Direito Administrativo, Vol. I, 10ª edição, 5ª Reimpressão, Revista e Actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Almedina, pp. 455 e 457).

3.2. A licença policial não concede direitos subjectivos, originando antes a constituição de faculdades.

Ao invés da autorização administrativa que tem por objecto o exercício de actividade normalmente permitida, o licenciamento policial reporta-se a actividades geralmente proibidas que, excepcionalmente, poderão ser consentidas pela Administração.

Perfilhando tal entendimento, sustenta JOSÉ ROBIN DE ANDRADE:

"A qualificação, como faculdade, do poder jurídico que, da licença policial, resulta para o administrado, assenta no facto de a actividade permitida excepcionalmente ser, em princípio, proibida e juridicamente desvalorada, de tal forma que implicaria uma autêntica contradição no seio da ordem jurídica considerar a mesma actividade, só porque permitida excepcionalmente, como um autêntico bem jurídico em si, como um verdadeiro direito.

Não permitem tal qualificação a natureza excepcional do poder atribuído e do carácter, de puro interesse público, das razões que determinaram a concessão da licença. A actividade permitida não é garantida ao particular como exercício de um bem jurídico que lhe é reconhecido e respeitado, mas como simples paralização excepcional de um regime de proibição, (resultante da desvaloração jurídica da actividade em si), motivada por menor exigência de interesse

público em questão ou pela sobreposição de outro interesse superior".

"A autorização policial diz respeito, não a direitos mas a puras possibilidades de exercício de direitos; e efectivamente a autorização policial não é determinada por razões ligadas à tutela de bens jurídicos pessoais em que os direitos se consubstanciam, mas por simples motivos de interesse público e de polícia administrativa completamente estranhos à essência dos direitos e dos bens jurídicos em causa. A concessão da autorização policial não origina a atribuição de protecção a um bem jurídico privado, mas assegura apenas a garantia de que não serão postergados interesses públicos."

"De resto, condicionando a lei o exercício de direitos à apreciação do interesse público pela autoridade administrativa, não seria lógico que a apreciação desse interesse público se fixasse apenas no momento do início do exercício da actividade, quando é certo que razões idênticas, ou porventura mais fortes, poderão mais tarde levar a Administração a nova apreciação da conveniência da actividade exercida, em face do interesse público, e por consequência a impedir a prossecução do uso da autorização".

(A revogação dos actos administrativos, 2ª edição, p.p. 109 a 112).

3.3. A asserção de que o interesse particular no exercício da actividade é condicionado à apreciação pela Administração da sua concordância com o interesse público concreto, tem por corolário a possibilidade, sempre reservada à autoridade administrativa, de efectuar, fundada em motivações imperiosas de interesse público, nova apreciação da conveniência da prossecução da actividade, e proibir o exercício inicialmente permitido.

Verificada a cessação dos pressupostos objectivos legalmente definidos como condição de instalação da oficina de pirotecnia, o exercício da actividade não é mais tolerado pela ordem jurídica, por não subsisistirem as motivações inerentes ao juízo de concordância do interesse particular com o interesse público.

A situação jurídica do particular extingue-se automaticamente, havendo lugar não à revogação do acto administrativo mas a uma declaração de caducidade.

4. Na esteira de MARCELLO CAETANO, a doutrina portuguesa vem admitindo a possibilidade de indemnização por actos lícitos nas situações de violação de direitos subjectivos que contrapõe à lesão de posições jurídicas criadas por actos precários. Entende a doutrina que a situação de interesses que se constitui ao abrigo daquela categoria de actos nasce socialmente vinculada, não excedendo a sua modificação ou

extinção a "tolerabilidade normal da vinculação social" (cfr. FILIPA URBANO GALVÃO, "Os Actos Precários e Os Actos Provisórios no Direito Administrativo, p.p. 332 e 333). O titular da posição jurídica encontra-se ciente da possibilidade da perturbação do gozo precário por intervenção administrativa ditada por contigências de interesse público, não depositando confiança na estabilidade da situação de que beneficia. O dever de suportar os danos inerentes à perturbação do gozo por acto administrativo extintivo ou modificativo da situação emana do princípio da equidade, por se revelar equitativo que quem usufrui de vantagens de uma situação desta natureza suporte os prejuízos advenientes da sua precariedade (ob.cit. p.p. 334 e 335).

5. A verificação de perigo para a segurança ou a saúde pública e a insusceptibilidade da sua remoção determina a constituição de vinculação legal em sentido contrário ao primitivo acto. A Administração incorre numa vinculação que impõe o desencadear de procedimentos tendo em vista a declaração de caducidade e a apreensão do alvará (cfr. art. 31º, n.ºs 1, al. f), 3 4 e 5 do Regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376/84 de 30 de Novembro).

5.1. A formulação de juízo a respeito da verificação de perigo para a segurança e saúde públicas e da insusceptibilidade da sua remoção compete à Polícia de Segurança Pública (art. 31º, n.º 4 do citado diploma e art. 1º do Decreto-Lei n.º 107/92 de 2 de Junho). A decisão sobre a verificação dos pressupostos de facto de que depende o exercício da competência administrativa, ainda quando a mesma envolva a determinação do sentido e alcance de conceitos vagos e indeterminados, é vinculada, cumprindo à Administração apurar e respeitar a vontade do legislador.

No caso vertente, a inexistência de zona de segurança fixada em respeito do disposto no art. 11º, n.º 3 do Regulamento aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/79 de 23 de Maio, permite concluir pela impossibilidade de acautelar devidamente o perigo verificado para os interesses superiores da colectividade. Com efeito, não merecendo aplicação a regra excepcional prevista no art. 11º, n.º 5 do citado regulamento, a delimitação de tal área, nos termos legalmente previstos, é o único meio idóneo à remoção do perigo de ofensa do direito à vida, do direito à integridade pessoal e do direito à propriedade.

Na sua falta, e na impossibilidade de proceder à redifinição da zona de segurança, há-de a Administração concluir pela existência de perigo para a segurança e para a saúde pública e pela insusceptibilidade de remediar ou anular tais inconvenientes.

II

Conclusões

De acordo com a motivação exposta,

Recomendo

a V. Exa. que se digne desencadear procedimentos tendo em vista a prolação de decisão a respeito da caducidade da licença e a apreensão do alvará, nos termos previstos no art. 31º, ns. 3 a 5 do Regulamento sobre o Licenciamento dos Estabelecimentos de Fabrico e de Armazenagem de Produtos Explosivos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376/84 de 30 de Novembro.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Ponte de Lima

R-3172/96
Rec. n.º 57/A/98
1998.09.03

I
Exposição de Motivos

1. Em 14.07.97 formulei a V. Exa. a Recomendação n.º 56/A/97, na qual concluí pela necessidade de esse órgão autárquico regularizar a apropriação, sem título, para o alargamento de um caminho público, de uma parcela de terreno pertencente à Senhora D..., através da aquisição da mesma por contrato de direito privado ou mediante expropriação por utilidade pública.

2. Respondeu V. Exa. em 30.07.97, insistindo que a queixosa concordara com a cedência da faixa de terreno, nos exactos termos da apropriação efectuada, tendo acompanhado pessoalmente a execução da obra, sem nunca manifestar qualquer oposição à mesma, a qual, de resto, teria valorizado sensivelmente a sua propriedade.

Dessa forma, a Câmara Municipal de Ponte de Lima considerou que a pretensão exposta enfermava de abuso de direito, não se dispondo a proceder a qualquer negociação para aquisição pelo direito privado, nem, tão pouco, a encetar qualquer procedimento expropriatório, e remetendo a Reclamante para os meios contenciosos comuns de defesa da propriedade privada.

3. A resposta de V. Exa., no entanto, parece esquecer que, como é referido no ponto 19 da Recomendação n.º 56/A/97, nos termos do artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil, àquele que invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado, pelo que o pretendido abuso de direito, impeditivo de a Reclamante exercer as faculdades de defesa do direito de propriedade privada de que é titular, necessitaria de se suportar em prova bastante para permitir a essa autarquia desatender a pretensão apresentada. E essa prova, como V. Exa. reconhecerá, não foi, de todo em todo, feita, o que deixa intocados os fundamentos da Recomendação n.º 56/A/97.

4. Mas aquilo que, determinantemente, me leva a dirigir-me, de novo, a V. Exa. são as afirmações contidas na resposta à Recomendação, segundo as quais será prática usual desse órgão autárquico a promoção do alargamento de caminhos

públicos sobre terrenos privados, suportada simplesmente numa manifestação do consentimento dos proprietários, em regra escrita, transmitida pelos presidentes das juntas de freguesia.

5. Conforme se refere na resposta, "dado que os recursos económicos e financeiros disponíveis na Câmara Municipal são sempre insuficientes (....), a Câmara Municipal sugere aos Senhores Presidentes da Junta, que junto dos proprietários confinantes com o caminho que se pretende alargar e melhorar, obtenham a necessária autorização por escrito (às vezes é dada verbalmente) dos referidos proprietários, que, perante a perspectiva de verem a sua propriedade economicamente valorizada por melhores acessos, normalmente cedem gratuitamente a parcela de terreno necessária ao alargamento do caminho, com a condição de verem a sua propriedade novamente vedada, o que sempre a Câmara Municipal cumpre".

6. Julgo ter ficado suficientemente demonstrado na Recomendação n.º 56/A/97 que a aquisição de bens imóveis dos particulares por pessoas colectivas públicas só se pode fazer ou por negócio jurídico de direito privado, compreendendo a doação, ou através de expropriação por utilidade pública.

7. O recurso à expropriação por utilidade pública só pode ter lugar, de acordo com o disposto no artigo 2.º do Código das Expropriações, após esgotada a possibilidade de aquisição por via do direito privado, nos termos que referi a V. Exa. no ponto 14 da Recomendação n.º 56/A/97.

8. A aquisição de bens imóveis por via do direito privado tem de respeitar, naturalmente, os trâmites e formalidades definidos pela lei civil, nomeadamente no que toca à forma dos actos. Assim, a compra por uma autarquia ou a doação por um particular de um terreno ou de uma sua parcela necessitam de ser celebradas por escritura pública, nos termos dos artigos 875.º e 947.º, n.º 1, do Código Civil, respectivamente, sob pena de serem nulas (artigo 220.º do mesmo diploma legal), não produzindo qualquer efeito.

9. Da mesma forma que os particulares não podem comprar e vender ou doar terrenos entre si sem que observem a forma de escritura pública prevista pela lei, os municípios, quando recorrem ao direito privado para a aquisição de um terreno, estão obrigados a respeitar essa exigência de forma, porquanto não estão a exercer poderes de autoridade, mas a actuar nos mesmos termos que os particulares. Caso a aquisição não se faça com recurso ao direito privado, os municípios terão de recorrer à expropriação por utilidade pública, a qual implica um procedimento rigoroso,

incluindo a declaração de utilidade pública pelo membro do Governo competente, o que se justifica em face dos poderes de autoridade exercidos.

10. Assim, quando essa Câmara Municipal necessita de parcelas de terreno de particulares para proceder ao alargamento de caminhos públicos, não pode bastar-se com a mera redução a escrito do acordo ou com a aquiescência oral dos proprietários, para mais transmitida por um terceiro - o presidente da junta de freguesia. Não são meios idóneos para transmitir a propriedade das parcelas de terreno para o domínio do Município. A compra ou a doação das parcelas de terreno terá de fazer-se por escritura pública, conforme obriga o Código Civil.

11. Não se põem em causa os fins de interesse público que o alargamento dos caminhos públicos serve, nem os benefícios que para as populações daí advêm, mas não se pode esquecer que a prossecução do interesse público pelos órgãos da Administração Pública tem de efectuar-se em obediência à lei e ao direito (artigo 3.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo).

12. Além disso, ao não respeitarem a forma exigida pela lei para a aquisição de bens imóveis, os acordos - escritos ou verbais - celebrados pela Câmara Municipal ou pelas juntas de freguesia com os proprietários do terrenos são nulos, nos termos do artigo 220.º do Código Civil, não operando a transmissão da propriedade. Sendo a nulidade invocável a todo o tempo por qualquer interessado (artigo 286.º do Código Civil), a Câmara Municipal poderá ver-se obrigada à restituição das parcelas ocupadas, em acção de reivindicação intentada pelos proprietários, nos termos do artigo 1311.º do Código Civil, para além da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito do Município que eventualmente esteja em causa.

13. Nessa medida, a prática que essa Câmara Municipal tem vindo a seguir, no que toca à apropriação de terrenos de particulares para o alargamento de caminhos públicos, tem de ser alterada, por forma a conformar-se com o disposto na lei para a aquisição de bens imóveis.

14. Nunca é de mais ter presente o facto de o direito de propriedade privada constituir um direito fundamental (artigo 62.º, n.º 1), precavendo os seus titulares contra aquisições que se afastem dos padrões fixados na lei. Resulta da Constituição, e de modo mais nítido, com as revisões constitucionais de 1982 e 1989, que a apropriação colectiva de meios de produção e solos só pode ter lugar nos modos fixados na lei (arigo 83.º da CRP). É neste sentido que se compreende que constituam matéria reservada à competência legislativa da Assembleia da República "os meios e formas de intervenção, expropriação, nacionalização e privatização dos meios de produção e solos por motivo de interesse público [art. 165.º, n.º 1, alínea l), da

Constituição].

15. Não é de mais ter presente, ainda, que a localização sistemática do artigo 62.º da Constituição sob o Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais) em nada afasta a aplicabilidade ao direito de propriedade privada e às restrições que o afectem do regime dos direitos, liberdades e garantias, por motivo da analogia da sua natureza (artigo 17.º, da Constituição).

16. Por quanto se expôs, não pode a Câmara Municipal de Ponte de Lima excepcionar o abuso de direito da proprietária.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que a Câmara Municipal de Ponte de Lima altere a sua prática administrativa relativamente à apropriação consensual de bens imóveis objecto de propriedade privada, passando a celebrar a sua aquisição, por compra ou doação, através de escritura pública, nos termos dos artigos 875.º e 947.º, n.º 1, do Código Civil, respectivamente.

Recomendação acatada (efeitos futuros)

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis

R-4897/97
Rec. n.º 65/A/98
1998.10.26

I
Exposição de motivos

1. Em queixa que me foi apresentada contestava-se a omissão pela Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis das medidas aptas a restabelecer a legalidade infringida por uma exploração pecuária sita em Valverde, Loureiro, propriedade do Sr. M..., com vista a obter a reintegração dos interesses públicos ambientais e higio-sanitários afectados.

2. Instruído o processo, concluiu-se, com base nos esclarecimentos prestados por V. Exa., que a construção na qual se encontra instalada a vacaria foi objecto de pedido de legalização (art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951), tendo sido fixada como condição do licenciamento *ex post* a construção de uma fossa e de uma nitreira, por forma a serem satisfeitos os requisitos legais em matéria de salubridade das edificações destinadas a alojamento de animais (arts 118º e 119º do Regulamento

Geral das Edificações Urbanas).

3. Encontra-se, não obstante, suspenso o procedimento de legalização porquanto ao deferimento do pedido se opõe a disciplina contida no art. 61º, n.º 2, Regulamento do Plano Director Municipal de Oliveira de Azeméis, (in Diário da República, 1ª Série-B, n.º 242, de 19.10.1995), que proíbe a a instalação dentro de perímetro urbano de nitreiras e explorações agro-pecuárias, interdição que constitui a Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis na obrigação de indeferir o pedido de licenciamento (art. 63º, n.º 1, alínea a), do regime jurídico contido no Decreto-Lei n.º 445/91), sob pena de nulidade do acto legalização por desrespeito do disposto em instrumento de planeamento territorial (art. 52º, n.º 1, alínea b), do mesmo regime).

4. No que concerne às sanções administrativas aplicadas, informou V. Exa. que não havia sido instaurado processo de contra-ordenação pela execução de obra de construção civil sem prévio licenciamento municipal (art. 54º, n.º 1, alínea a), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro).

5. Mais revelou a instrução que a vacaria se situa dentro de perímetro urbano, não se encontrando a respectiva exploração habilitada por alvará de licença sanitária em observância das prescrições contidas nas Instruções aprovadas pela Portaria n.º 6065, de 30. III.1929, que sujeita a licenciamento sanitário os estabelecimentos insalubres, incómodos e perigosos situados em cidades, vilas ou áreas urbanizadas.

6. Questionada V. Exa. sobre os motivos que obstavam a que fosse sancionada a conduta ilícita do proprietário, indeferido o pedido de legalização e ordenada a demolição da construção, bem como o encerramento do estabelecimento (art. 58º, n.º 1, do citado regime jurídico relativo ao licenciamento municipal de obras particulares, e art 30º das Instruções, aprovadas pela Portaria n.º 6065), foi referido ter sido o proprietário notificado a fim de apresentar pedido de concessão de alvará de licença sanitária, não pretendendo, contudo a Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis indeferir o pedido de legalização das edificações e sancionar a conduta do infractor.

7. Entende V. Exa. obstar à adopção das medidas de reintegração da legalidade infringida o carácter desadequado do regime de interdição de instalações pecuárias no interior de perímetro urbano em face da realidade sócio-económica do concelho, pelo que a eliminação da proibição irá constar de futuro processo de alterações ao Regulamento do Plano Director Municipal de Oliveira de Azeméis, não obstante a pretendida modificação já haver sido rejeitada no âmbito do processo de alterações de

âmbito limitado recentemente concluído (art. 20º do Decreto-Lei n.º 69/90, de 2 de Março, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 155/97, de 24 de Junho).

8. Não me parece, contudo, ser esta a forma legalmente admissível para resolução do problema. Com efeito, a Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis renuncia, por esta via, ao exercício das competências de polícia urbanística, renúncia sancionada com a nulidade, de acordo com o regime contido no art. 29º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo, por entender que a disciplina urbanística material, pela qual é a primeira responsável, não se coaduna com a realidade sócio-económica do concelho, "tendo em conta que nalgumas áreas, predominam as explorações agro-pecuárias, sendo a pecuária a actividade principal".

9. Sem pretender ajuizar das motivações de índole sociológica que motivam a pretendida alteração ao actual regime urbanístico, afigura-se compreensível, numa perspectiva dinâmica do planeamento territorial, que as explorações pecuárias e as nitreiras não devam ser instaladas dentro de perímetro urbano por se afigurarem incompatíveis com a vocação construtiva de tais espaços, em virtude de eventuais prejuízos ambientais decorrentes da respectiva laboração.

10. No caso em análise, o estabelecimento pecuário situa-se em área de transição, a qual é constituída pelos espaços compreendidos entre as áreas centrais de todas as freguesias e os limites dos perímetros urbanos que não estejam incluídos em área de equipamento ou em área de indústria (art. 5º, alínea c), do Regulamento do Plano Director Municipal de Oliveira de Azeméis), o que significa que nela se irão localizar, preferencialmente, edifícios habitacionais, pelo que se justifica a proibição de utilizações incompatíveis com a habitação ou susceptíveis de porem em perigo a segurança e saúde públicas.

11. Se é certo que o princípio da planificação urbanística que impõe a separação das utilizações incompatíveis comporta as limitações inerentes ao facto de o plano se adequar à situação existente no momento da sua entrada em vigor, designadamente à circunstância de já existirem actividades de índole diversa localizadas umas junto das outras (CORREIA, Fernando Alves, O plano urbanístico e o princípio da igualdade, Coimbra, 1989, p. 284, n.195), não pode essa situação inicial postergar o princípio geral, obstando ao correcto desenvolvimento urbanístico de um dado território.

12. Do ponto de vista jurídico não é justificável a omissão das medidas reintegradoras dos interesses públicos urbanísticos e ambientais afectados, pelo que à Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis mais não resta que indeferir o pedido de legalização das edificações e ordenar a respectiva demolição.

13. O controlo administrativo da actividade edificatória dos particulares encontra-se sujeito aos condicionalismos legais e regulamentares em vigor no momento da apreciação da pretensão de aproveitamento urbanístico. Não é lícito às câmaras municipais omitirem a decisão que se impõe em face dos requisitos urbanísticos aplicáveis por razões atinentes à validade social de uma determinada norma.

14. Os mecanismos de alteração dos instrumentos de planeamento territorial destinam-se a compatibilizar a disciplina de planeamento "com as mutações entretanto ocorridas nos pressupostos de facto que presidiram à sua elaboração", por forma a proceder à respectiva actualização (ALMEIDA, António Duarte de, et al., Legislação Fundamental de Direito do Urbanismo, Vol. I, p. 204). Encontram-se ao serviço das mutações dos interesses com reflexo no plano, mas não podem ser utilizados como forma de obviar à disciplina nele contida, relativamente às situações constituídas antes de tal modificação.

15. Não se mostra admissível que a Câmara Municipal a que V. Exa. preside não decida, nos termos a que se acha vinculada, por pretender vir a desencadear um mecanismo de alteração das regras jurídicas que constituem o parâmetro de validade material de tal decisão. Para mais, o sentido da modificação pretendida é, por sua vez, incompatível com o modelo de uso, ocupação e transformação do solo contido no citado instrumento de planeamento territorial que impõe o afastamento das utilizações cujos efeitos se mostrem incompatíveis entre si, em especial, das utilizações susceptíveis de afectar a saúde pública em áreas de vocação habitacional. Mesmo que as instalações em causa não afectem a saúde pública, há sempre uma diminuição das qualidades ambientais.

16. Acresce não ser de verificação necessária o sucesso da pretensão manifestada, porquanto o plano não é livremente modificável por esse órgão autárquico. A demonstrá-lo encontra-se a rejeição da modificação pretendida no anterior processo de alterações, ainda que de âmbito limitado. Por esta razão, também se revela pouco compreensível permitir V. Exa. a lesão dos interesses públicos em presença em razão de um facto futuro e de verificação incerta.

17. Como acima referi, a actuação em causa permite à Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis renunciar ao exercício das competências de polícia urbanísticas relativas a edificações ilegais. Nos termos do art. 29º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, a competência é irrenunciável, fundando-se esta regra

na necessidade de garantir a prossecução do interesse público que norteou a sua atribuição - legal ou regulamentar - ao órgão em causa.

18. Conforme referem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM "(...) o poder ou competência administrativa conferida para a prossecução das necessidades públicas (que não podem ser objecto de renúncia ou alienação) são sempre objecto de consideração e decisões primárias pela Administração Pública - que foi constitucional e legalmente estruturada em vista disso mesmo. Não pode, pois, a Administração remeter-se para um tribunal ou para um órgão supra-partes - arbitral, por exemplo - para que nele se decida em que sentido deve ser exercida uma competência administrativa. É, aliás, uma exigência nuclear da legalidade administrativa" (Código do Procedimento Administrativo Comentado, 2ª ed., Coimbra, 1997, p. 192).

19. Deverá V. Exª exercer a competência que lhe é conferida pelos arts. 58º, n.º 1, do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e 53º, n.º 2, al. l), do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, articulada com o poder conferido à Câmara Municipal pelo art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

20. Assim, ao Presidente da Câmara Municipal competirá ordenar a demolição da obra executada sem licença de construção, uma vez que a mesma não é susceptível de vir a satisfazer aos requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de salubridade e segurança, no caso, aos condicionalismos urbanísticos atinentes à localização da actividade pretendida.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, no uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, n.º 1, al. a), do Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

1º Que V. Exa. indefira o pedido de legalização da edificação, com fundamento em quanto se dispõe no art 63º, n.º 1, alínea a), do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91.

2º Que V. Exa. ordene a demolição da edificação nos termos do disposto no art. 58º, n.º 1, do regime jurídico citado, e do art. 53º, n.º 2, al. l), do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, cumprindo o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 92/95, de 9 de Maio.

3º Que a Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis instaure ao proprietário infractor processo de contra-ordenação pela prática do ilícito previsto no art. 54º, n.º 1, alínea a), do regime jurídico relativo ao licenciamento municipal de obras particulares.

Recordo, por fim, a V. Exª o dever contido no art. 38º, n.º 2, do referido Estatuto do provedor de justiça, para o qual me permito pedir a melhor atenção.

Recomendação acatada no essencial

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Lisboa

P-6/95
Rec. n.º 68/A/98
1998.11.06

A
Exposição de Motivos

1. Como é do conhecimento da Câmara Municipal de Lisboa, os procedimentos de aprovação da localização, do ante-projecto e do projecto de arquitectura do Hotel... (a construir no Palácio de Valle-Flôr e jardins adjacentes) mereceram a ponderação deste Órgão do Estado, que acompanhou o seu desenvolvimento até à presente data.

2. Do mesmo passo, foi considerado o procedimento de licenciamento municipal das obras de construção projectadas.

3. Neste ponto da instrução do processo, apenas dois aspectos, fundamentalmente perduram: trata-se, em primeiro lugar, de saber da conformidade do projecto de arquitectura e do acto municipal que o aprovou com o disposto no n.º 7 do Regulamento Genérico das Normas Provisórias da Coroa Envolvente da Zona Monumental Ajuda-Belém, aprovadas pela Portaria n.º 705/93, de 30 de Julho, na parte em que admite a localização de "*pequenas instalações hoteleiras*"; trata-se, em segundo lugar, de saber se os critérios adoptados pela Câmara Municipal de Lisboa para cálculo dos índices de utilização não assentarão em erro de direito, designadamente, quanto à questão dos vãos de cobertura, na medida em que a norma contida no n.º 11 das citadas Normas Provisórias impõe, como uma das condições da sua admissibilidade, o aproveitamento para fins compatíveis. Relativamente a este aspecto, mais se questiona do cumprimento das limitações da cércea (cércea <3 pisos)

que são impostas pelo regulamento específico do Espaço-Plano n.º 36 (Alto de Santo Amaro), nos termos do quadro regulamentar das Normas Provisórias.

4. Isto porque, mesmo tendo presente a caducidade das citadas Normas Provisórias (que veio a ocorrer em 30 de Julho de 1995, passando, então, a vigorar o regime definido no Plano Director Municipal de Lisboa para a área abrangida pelas Normas)[1] , certo é que as mesmas foram tidas por parâmetro da decisão de aprovação da localização do estabelecimento hoteleiro em causa, tomada na reunião da Comissão Especial de Apreciação[2] de 20 de Julho de 1995.

5. Mais do que isso: as normas vêm reproduzidas nos condicionamentos fixados na decisão de aprovação da localização da instalação hoteleira, cujo teor se passa a transcrever:

> "A Comissão Especial de Apreciação (...)considerando que a norma do Regulamento Genérico que prescreve que "os espaços verdes não deverão ser reduzidos ou eliminados" não deve desligar-se da perspectiva dinâmica de manutenção e valorização, condicionada no quadro da implantação específica (Espaço-Plano n.º 36 - Alto de Santo Amaro) desde que se não perca o horizonte fixado nos princípios e objectivos do Regulamento Genérico;
>
> Considerando ainda que o Regulamento Genérico admite a localização de "pequenas instalações hoteleiras" as quais "não deverão exceder os parâmetros volumétricos fixados" no Regulamento dos Espaços Plano;
>
> Considerando, finalmente, as normas constantes do Regulamento no Espaço Plano n.º 36-Alto de Santo Amaro;
>
> Delibera por unanimidade:
>
> 1. Aprovar a localização de uma pequena instalação hoteleira de cinco estrelas no Palácio de Valle-Flôr condicionada ao preenchimento das condicionantes urbanísticas constantes do número seguinte;
> 2. Subordinar a fase de apreciação do projecto à verificação das seguintes condições:
>
> a) À manutenção e valorização do edifício e jardins existentes;
>
> b) À harmonia do conjunto que constitui a realidade urbana "Alto de Santo Amaro";

[1] O regime estabelecido pelas Normas Provisórias da Coroa Envolvente da Zona Monumental Ajuda-Belém apenas prevaleceu sobre a disciplina do P.D.M. nos seus dois anos de vigência, nos termos do disposto no art. 126º, do regulamento deste plano.

[2] Órgão colegial ad-hoc previsto no art. 29º, do Decreto-Lei nº 328/86, de 30 de Setembro.

c) À preponderância verde do recorte paisagístico, preservando, ainda, os enfiamentos e pontos de vista;

d) À salvaguarda da estrutura fundamental do jardim e de que o futuro uso seja adaptado a essa circunstância;

e) Aos parâmetros fixados no quadro regulamentar, designadamente quanto aos alinhamentos, cérceas (inferior a três pisos, dois pisos à face da rua, admitindo-se um aproveitamento da cobertura com características de amansardado), profundidade máxima (inferior ou igual a 15m) e índice de utilização (inferior a 0.75);

f) Ao ambiente urbano para o qual imediatamente se dirige, mais restrito que o conjunto do "Alto de Santo Amaro"".

6. Relativamente ao primeiro aspecto, qual seja o da aplicação da norma que prevê a possibilidade de instalação no local de pequenas unidades hoteleiras, encontramo-nos perante o uso de um conceito indeterminado na norma planificatória em causa, com tudo o que isso comporta em termos de sindicabilidade.

7. Não se afigura simples a resposta à pergunta: "Um hotel com 194 quartos constitui uma pequena, grande ou média instalação hoteleira?" Tudo dependerá dos critérios de comparação com a dimensão de outras unidades hoteleiras, já existentes ou projectadas, na falta de elementos de ordem legal ou regulamentar que permitam preencher o conceito.

8. Neste ponto, em concreto, procurou-se conhecer junto da Câmara Municipal de Lisboa e da Direcção-Geral do Turismo algum parâmetro de decisão, que permitisse a elucidação das questões suscitadas. As diligências instrutórias desenvolvidas não lograram efeito útil. Apesar de a Câmara Municipal de Lisboa ter devolvido a qualificação à Direcção-Geral do Turismo, este órgão veio acertadamente responder que não deveria pronunciar-se a seu respeito, uma vez que a questão é de ordem urbanística e se prende com a aplicação de normas de planeamento, cujo controlo compete à Câmara Municipal de Lisboa. O que é certo é que ainda que houvesse um critério de repartição das unidades hoteleiras a partir do número de quartos, a tal critério sempre poderia opor-se a sua natureza económica e a sua irrelevância no contexto da interpretação de normas urbanísticas.

9. Em suma, reconhecendo que não nos situamos dentro da zona de certeza dos conceitos vagos e indeterminados, diversa conclusão que se possa formular é tão

falível como a de qualquer outra entidade exterior ao município. Mesmo não estando o provedor de justiça coarctado na sua apreciação pelas limitações que o princípio da separação de poderes coloca ao conhecimento dos Tribunais quando fiscalizam os actos de gestão pública da Administração, não se pode ignorar a contingência imposta pela natureza do conceito contido na norma, quando a situação em análise não se subsume pacificamente às zonas de certeza (de inclusão ou de exclusão) do que possa significar uma pequena unidade hoteleira. Como refere LUÍSA DUARTE[3], "certos conceitos técnicos encerram uma tão ampla subjectividade valorativa que se torna, se não inútil, pelo menos inconveniente a sua revisão pelo tribunal, perante a dificuldade de se chegar a um padrão de 'verdade objectiva' Trata-se de uma zona de fronteira entre a discricionariedade e a vinculação, onde parece desnecessário o recurso a uma segunda apreciação pericial, a uma segunda opinião em domínio de tão acentuada subjectividade".

10. O que fica dito em nada prejudica, porém, a análise da segunda questão suscitada, a qual consiste em conhecer dos critérios adoptados pela Câmara Municipal de Lisboa quanto ao cálculo dos índices de utilização, retirando dos valores a considerar as áreas dos pisos recuados, não obstante o facto de serem estas aproveitadas para unidades de alojamento (quartos).

11. É que não se vislumbra razão alguma para a não contabilização das áreas dos pisos recuados destinados a "fins compatíveis", por se entender que a compatibilização do seu uso com o uso principal do edifício implicaria sempre uma relação de subordinação ou de acessoriedade. A ser igual o fim, igual deveria ser o seu tratamento para efeito do cálculo do índice de utilização.

12. Para mais, parece tornar-se evidente que a interpretação feita da norma que permite o aproveitamento dos vãos de cobertura dos edifícios para fins compatíveis padece, desde logo, de um erro de princípio, qual seja o do estabelecimento de uma relação de identidade quando a norma exige compatibilidade.

13. "A regra da compatibilidade ou da não-contrariedade implica naturalmente que a acção da Administração não deve contrariar a lei - que a lei é superior à vontade da Administração e se impõe a ela, sendo por conseguinte nulos os actos que contrariem a lei. Mas é uma regra negativa, que não impõe à Administração o conteúdo de determinados actos, e só delimita esse conteúdo negativamente, estabelecendo os fins que não podem ser prosseguidos, ou os meios que não podem

[3] Cfr. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados (contributo para uma análise da extensão do princípio da legalidade, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 370 (1987), p. 68.

ser utilizados"[4]. Mas por oposição com as relações de conformidade, melhor se recorta, ainda, o âmbito e extensão do princípio da compatibilidade. Compatibilidade importa diferença, importa diversidade, embora num grau ou natureza tais que não colidam com a natureza ou essência de uma realidade à qual devem subordinação. Enquanto a relação de conformidade é uma relação positiva entre dois objectos individualizados, a compatibilidade sugere uma relação negativa, de não contradição entre esses dois objectos, cujos conteúdos diferem. Só assim ganha utilidade semântica este conceito: ao afastá-lo do conceito de conformidade, mas ao mesmo tempo, também, afastando-o dos conceitos de identidade, semelhança ou analogia, ou, noutra perspectiva, de "toda a possibilidade de reprodução, pura e simples"[5] .

14. Poderia aqui refutar-se esta interpretação com o argumento de que se a norma permite o mais, permite também o menos, ou seja, se admite uso compatível admite também uso conforme ou uso idêntico. Mas não pode, porém, ser assim.

15. Com efeito, no presente caso parece irrazoável o recurso a uma das formas de interpretação enunciativa, isto é, aquela que fazendo apelo a argumentos lógicos (como o argumento *"a maiori ad minus"* agora chamado à colação) "deduz de uma norma um preceito que nela está apenas virtualmente contido"[6]. Isto porque a interpretação enunciativa vai para além da interpretação em sentido técnico, pois extrai as regras não das fontes mas de outras regras (lógicas), o que apenas tem a virtualidade de nos afastar do objectivo de interpretação das normas aplicáveis, ou seja o de, a partir delas, se proceder ao "desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, (...) fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja", nas palavras de KARL LARENZ[7].

16. A compatibilidade a que se reporta a disposição contida no n.º 11 das Normas Provisórias é a compatibilidade com o seu aproveitamento amansardado, mas não só. É também a compatibilidade com o uso hoteleiro ou habitacional que o local admite, de acordo com o espaço plano respectivo. Ora, não parece que sirva tal relação de compatibilidade um uso que se mostra absolutamente indiferenciado: a utilização com quartos. Deve entender-se que o aproveitamento de vãos de cobertura para fins

---

[4] Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo, Lisboa, 1962, p. 38.

[5] Cfr. CH. EISENMANN, Le Droit Administratif et Le Principe de Legalité, in Conseil D´État (Études et Documents), 11 (1957), Paris, pp. 30-31, apud ALVES CORREIA, O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade, Coimbra, 1989, p. 197, nota 53.

[6] J. BAPTISTA MACHADO, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 6ª reimpressão, Coimbra, 1993, pp. 186-187.

[7] Cfr. Metodologia da Ciência do Direito, 2ª edição, Lisboa, 1989, p. 377.

compatíveis é necessariamente um aproveitamento para fins menores, acessórios, complementares. Só deste modo se compreende a possibilidade de não contabilização das respectivas áreas para efeitos de cálculo do índice a respeitar. Seria incongruente beneficiar da não contabilização de tais áreas, se as mesmas se encontram adstritas a uma finalidade comum às demais.

17. O que todavia se verifica é que a inclusão nos cálculos das áreas respeitantes aos vãos de cobertura acaba por se mostrar de escasso significado diante dos parâmetros urbanísticos definidos para o local. Por outras palavras, ainda que a Câmara Municipal de Lisboa viesse a ultrapassar a incongruência de não contabilizar a área dos pisos recuados (já que a mesma se destina a quartos), o reajustamento do cálculo nem por isso levaria a exceder os valores fixados.

18. As duas conclusões enunciadas poderiam levar a dar por encerrado o assunto agora tratado, por não se verificar ilegalidade no acto final de licenciamento das obras de construção do hotel, por terem sido ultrapassadas algumas deficiências detectadas ao longo do procedimento conducente ao citado acto de licenciamento.

19. Permito-me, no entanto, retirar conclusão diversa, a partir da conjugação das duas conclusões preliminares. O todo mostra-se superior à soma das partes.

20. É que o conceito de "pequena instalação hoteleira", independentemente do seu carácter vago e indeterminado, possui um valor interpretativo que se projecta sobre as demais disposições das Normas Provisórias (recebidas na decisão de aprovação da localização do empreendimento turístico em causa), a partir da sua zona de certeza. Por outro lado, a conclusão alcançada quanto ao uso a conferir aos pisos amansardados, se por si só, não tem relevância no cômputo final do índice de utilização, não pode deixar de ser confrontada com as citadas exigências interpretativas, para além, naturalmente, do que já foi considerado quanto ao conceito de compatibilidade.

21. Julgo pois, estar em condições de afirmar que a Câmara Municipal de Lisboa deve impor à requerente do licenciamento que esta destine o uso dos pisos recuados (ao nível dos vãos de cobertura) a outro que não seja o de quartos, por nos encontrarmos diante da exigência de a unidade hoteleira ser de pequena dimensão.

22. Às dúvidas que formulei com base na compatibilidade dos fins vêm acrescer os requisitos do n.º 7 das Normas Provisórias. Quando se admite, por razões cuja justificação não foi sequer apresentada pela Câmara Municipal de Lisboa, o aproveitamento dos pisos recuados para fins compatíveis, deve, do mesmo passo, ter-se presente a limitação da envergadura do empreendimento turístico.

23. Uma pequena unidade hoteleira é-o na generalidade dos padrões

urbanísticos utilizados. Já o não o consente a excepcionalidade do aproveitamento dos pisos recuados. De outro modo, estaria a escapar-se ao núcleo do conceito de pequena instalação hoteleira à custa da exploração das potencialidades de um aproveitamento que se consagrou como *última ratio*.

24. Para mais, e mesmo que não se tivesse em perspectiva uma interpretação sistemática, e nos circunscrevêssemos à norma contida no n.º 7 das Normas Provisórias, sempre se mostraria vedado o recurso à interpretação analógica ou, sequer, extensiva do preceito em causa, por forma a aceitar-se o aproveitamento dos vãos de cobertura para fins semelhantes aos dos demais pisos do edifício. De outro modo, estaria pura e simplesmente a frustrar-se a excepcionalidade da sua admissão, preterindo-se a elementar regra de interpretação e aplicação jurídica contida no art. 11º do Código Civil.

25. A este propósito, ensina KARL LARENZ que há uma "excepção segundo a matéria quando a lei derrogou em relação a determinados casos, as mais das vezes estritamente delimitados, uma regra que procura conseguir validade no sentido mais amplo possível, porque a sua realização pareceu ao legislador, inclusivamente nesses casos, pouco prática ou oportuna e, devido a isso, acreditou poder aqui renunciar a ela. Tem de evitar-se aqui que, mediante uma interpretação excessivamente lata das disposições excepcionais, ou mediante a sua aplicação analógica, o propósito do legislador se transmude afinal no seu contrário"[8].

26. No que concerne ao presente caso, se é certo que o conceito de pequena unidade hoteleira é vago e indeterminado, certo é também que nem por esta característica se admitirá uma interpretação e aplicação dos constrangimentos impostos pelas Normas Provisórias que levem a permitir uma instalação hoteleira tão grande quanto possível. A directriz nesta matéria há-de ser , precisamente, a inversa. E se a um pequeno hotel é consentido que a ocupação de todos os pisos se faça com integral aproveitamento por quartos (cércea < 3) e que por isso se reconheça o aproveitamento dos vãos de cobertura com ocupações instrumentais (por forma a rentabilizar a unidade), já não será de consentir que a uma mesma pequena instalação hoteleira se permita utilizar esses espaços para expandir a utilização preferencial e principal do ponto de vista dessa mesma rentabilização.

27. Seria irrazoável permitir que se desse azo a uma expansão das oportunidades de ocupação do espaço. É que ao conceito de "pequena instalação

hoteleira", pese embora, uma vez mais, o seu carácter vago e indeterminado, não está associada apenas a dimensão exterior e o impacto que a mesma possa produzir na paisagem urbana que se quis proteger com as Normas Provisórias. Está também contida uma limitação do volume de clientes e dos seus efeitos nas características locais e na qualidade de vida dos moradores vizinhos.

[8] Cfr. Metodologia da Ciência do Direito, cit., p. 428.

28. Até porque tal desvirtuaria a própria limitação da cércea dos edifícios, aproveitando-se o vão de cobertura como de um piso se tratasse, pois não são permitidos três pisos (cércea < 3).

29. A formulação do quadro regulamentar das Normas Provisórias, na parte em que se aplica ao designado Espaço-Plano n.º 36 "Alto de Santo Amaro", é clara quanto à definição da cércea máxima: "Manter <3 pisos". O mesmo se diga do acto de aprovação da localização da instalação hoteleira em causa, quando condiciona a apreciação do respectivo projecto aos "parâmetros fixados no quadro regulamentar, designadamente (...) quanto às cérceas (inferior a três pisos, dois pisos à face da rua, admitindo-se um aproveitamento da cobertura com características de amansardado)".

30. Poderia inclusivamente questionar-se a validade do condicionamento fixado na parte em que se refere ao aproveitamento da cobertura com características de amansardado, pois as próprias Normas Provisórias, no ponto 19 do seu regulamento genérico, vêm relacionar o aproveitamento (e apenas parcial) dos vãos de cobertura com a previsão de "situações de ½ no capítulo das cérceas", o que não se verifica sequer na formulação escolhida pelo regulamento específico do Espaço-Plano 36 "Alto de Santo Amaro".

31. Parece, todavia, admissível a possibilidade de aproveitamento da cobertura dos edifícios a construir, mas nos moldes já defendidos, ou seja, um aproveitamento compatível e não igual ao dos pisos permitidos. Assim não tendo sido, deverá concluir-se pela ilegalidade do acto de licenciamento das obras de construção do hotel.

32. Este acto, praticado no dia 3 de Dezembro de 1997 (e titulado pelo alvará de licença de construção n.º 9/98, emitido em 15 de Janeiro de 1998) mostra-se viciado por erro de direito na interpretação e aplicação das regras urbanísticas em causa, o que acarreta o desrespeito pelas condições fixadas no acto de aprovação da localização, o qual é vinculativo, nos termos do disposto no art. 29º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 328/86, de 30 de Setembro.

33. A revogação daquele acto impõe-se com vista à reintegração da legalidade infringida e à regular prossecução do interesse público, cumprindo reapreciar o projecto de arquitectura com a imposição da condição de não ser permitida a ocupação com quartos dos vãos de cobertura.

34. Nada obsta o decurso de tempo decorrido desde a emissão do acto de licenciamento, pois a revogação por ilegalidade dos actos constitutivos de direitos é

permitida no ano subsequente ao da prática do acto revogado, tendo presente que o prazo para revogação por ilegalidade coincide com o prazo de recurso contencioso mais dilatado (um ano para o Ministério Público), por aplicação do art. 141º do Código do Procedimento Administrativo.

B

Conclusões

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1, CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são conferidos pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do provedor de justiça), no seu art. 20º, n.º 1, alínea a), e, como tal,

Recomendo

A revogação do acto administrativo que licenciou as obras de construção do Hotel... no Palácio de Valle-Flôr e jardins adjacentes, na estrita parte em que permite a utilização dos vãos de cobertura com quartos para hóspedes.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
a Secretária de Estado da Cultura

R-2958/98
Rec. n.º 72/A/98
1998.11.23

A

Exposição de Motivos

1. Foi objecto de reclamação dirigida a este Órgão do Estado a deliberação do júri do Concurso Para Apoio Anual a Estruturas de Criação e Produção Coreográfica de Carácter Profissional e de Iniciativa Não Governamental para o ano de 1998.

2. No âmbito da instrução do processo aberto na Provedoria de Justiça, foi solicitado ao Gabinete de Vossa Excelência o envio de cópia das actas das reuniões do júri do concurso público mencionado, tendo sido facultada cópia da designada "Acta Final e Decisória" das reuniões do júri, a coberto do ofício n.º 1284, de 23-07-1998.

3. O procedimento concursal em causa destina-se à selecção, escolha e ordenação dos candidatos à atribuição de um apoio financeiro estatal às actividades a exercer no domínio da criação e produção coreográficas, reconhecendo-se a importância que possa revestir este estímulo para a viabilização e o crescimento dos projectos artísticos apresentados por cada candidato.

4. Não se duvida que o apoio financeiro do Estado às entidades privadas que se dedicam à actividade artística da dança corresponde ao cumprimento do imperativo constitucional de promoção da cultura, constituindo um modo adequado de efectivação do direito dos cidadãos à cultura, à fruição dos bens culturais.

5. Por seu turno, o estabelecimento, por via regulamentar (Despacho Normativo n.º 51/96, de 6 de Dezembro), de um procedimento concursal para a atribuição de apoios à criação e produção coreográfica representa um primeiro e importante passo na clarificação das relações entre os beneficiários desses apoios e a Administração que os presta.

6. Não obstante as garantias que se reputam associadas a um procedimento concursal, as queixas que me têm sido apresentadas por candidatos não contemplados com os subsídios atribuídos indiciam que esta auspiciosa medida não tem sido devidamente aplicada. E os resultados da instrução dos processos abertos na Provedoria de Justiça com base nessas queixas permitiram-me concluir pela sua procedência.

7. A este propósito não posso deixar de recordar o teor da Recomendação n.º 4/A/98, dirigida a V. Exa. em 2 de Fevereiro pp., que teve por objecto os actos de deliberação final dos júris dos concursos para a atribuição de apoios anuais e pontuais à criação e produção coreográfica de carácter profissional e iniciativa não governamental no ano de 1997.

8. Em síntese:

Tendo-se concluído, após análise das actas das deliberações finais de dois concursos públicos promovidos pelo Ministério da Cultura para atribuição de subsídios a projectos na área da dança que I) a fundamentação das deliberações dos júris se mostrava manifestamente insuficiente para reconstituir o "*íter*" cognoscitivo que conduziu à selecção, exclusão e ordenação dos candidatos, como também ainda para conhecer a motivação que determinou a repartição das quantias a atribuir, que II) a fase deliberatória não foi precedida de fixação de critérios dotados de generalidade e abstracção, por forma a obstar a que, consciente ou inconscientemente, o conhecimento das candidaturas se reflectisse nas decisões adoptadas pelo júri, que III) a escassa densidade do regulamento administrativo aplicável , no ponto respeitante à pré-definição de critérios e a falta de um de concurso, em lugar de terem permitido um menor rigor procedimental, antes deveriam ter inspirado nos júris o cumprimento de um dever de diligência que que ilustrasse a racionalidade e objectividade das suas

decisões, IV) pelo que se tratou de preterição de formalidade *ad substantiam* que não admite a simples renovação do acto sem a realização de todas as diligências instrutórias, próprias dos concursos públicos, que a antecederam, já que, V) de outro modo, não ficam acauteladas as garantias dos administrados em matéria de igualdade e imparcialidade na apreciação dos projectos submetidos a concurso, pelo que VI) Recomendei a revisão dos actos de homologação das deliberações finais dos júris dos dois concursos.

9. Em resposta ao recomendado, veio Vossa Excelência, a coberto do ofício n.º 459, de 10 de Março de 1998, comunicar que "a Recomendação (...) não poderá ser plenamente cumprida, mas dela se fará utilização como referência para a correcção e total legitimidade dos concursos que venham a ser abertos seguidamente".

10. Atente-se agora na deliberação do júri do concurso de apoio anual às actividades artísticas para 1998, a que se teve acesso através da leitura da designada acta final e decisória. Da mesma se retira o seguinte:

11. O júri do concurso anual para apoio a estruturas de criação e produção coreográfica reuniu nos dias 8, 13 e 24 de Novembro para apreciação das vinte candidaturas validamente submetidas ao concurso.

12. Aos critérios de valorização enunciados no Regulamento aprovado pelo Despacho Normativo n.º 51/96, de 6 de Dezembro, os quais aparecem transcritos no ponto 10 da deliberação, entendeu o júri acrescentar os seguintes "factores de análise" das candidaturas:

"- viabilidade do projecto em função dos meios disponíveis;

- prática de intercâmbio com outras estruturas congéneres, potenciando os investimentos artísticos e financeiros;
- inserção do projecto num contexto internacional;
- não dispersão logística dos responsáveis por projectos com objectivos concorrentes;
- no caso das estruturas que são companhias de dança, existência de uma direcção artística autónoma assumida por um profissional da dança."

13. A escolha do júri recaiu sobre seis candidaturas, com a atribuição de montantes diferenciados, não tendo obtido qualquer subsídio os demais candidatos.

14. Fundamentalmente, três são as questões suscitadas a partir da análise da acta final e decisória do júri deste concurso público. Em primeiro lugar, cumpre averiguar da legalidade e da bondade dos critérios que pautaram a decisão do júri, sobretudo os que foram aditados por sua iniciativa. Em segundo lugar, pondera-se a suficiência ou insuficiência da fundamentação da deliberação do júri quanto a cada

uma das candidaturas submetidas à sua apreciação. Em terceiro lugar, há que tomar posição quanto à aplicação ou postergação dos princípios gerais que devem pautar a actuação administrativa, em especial no que concerne aos concursos públicos, o que indissociavelmente se liga aos dois outros aspectos em análise.

15. Como já foi referido, aos critérios de valorização constantes do art. 10º do Regulamento sempre citado, foram aditados os factores de ponderação que o júri entendeu fixar para a apreciação das candidaturas.

16. Poderíamos aqui, desde logo, repudiar, à luz do princípio da estabilidade das regras dos concursos públicos, o estabelecimento pelo júri de novos critérios de decisão. A este propósito MARCELO REBELO DE SOUSA escreveu: "A estabilidade das regras dos concursos administrativos implica a proibição de modificações subsequentes à abertura do concurso, tendo nomeadamente em linha de conta os direitos e interesses legítimos (no sentido de interesses legalmente protegidos) dos potenciais concorrentes ou mesmo destes, uma vez admitidos. Assim, por exemplo, e além das modificações dos pressupostos subjectivos das candidaturas, as atinentes ao prazo de apresentação das propostas, às garantias ou cauções exigidas e aos critérios de apreciação das propostas"[9]

17. Mas mesmo que assim não fosse, e perfilhando tese mais moderada quanto à admissibilidade da fixação de critérios não contidos no aviso de abertura ou no regulamento do concurso, não posso deixar de verificar que, no caso vertente, assistimos a uma clara violação das regras e princípios concursais pertinentes.

18. A Mário Esteves de Oliveira e a Rodrigo Esteves de Oliveira não repugna admitir a possibilidade de aditamento de critérios pelo júri, considerando que "sempre que a entidade incumbida da apreciação das propostas se confronte com critérios ´standard` de classificação das mesmas (...), ela pode recorrer a sub-critérios que os densifiquem"[10], mas advertem: "a fixação dos micro-critérios, sendo juridicamente permitida, não é claro, juridicamente livre. Existem, para além de outros, limites temporais e de conteúdo"[11].

19. Ora, em meu entender, estes limites mostram-se desrespeitados. No que concerne aos designados limites de tempo, a fixação de critérios após o conhecimento das propostas ou candidaturas (como foi o caso) é manifestamente extemporânea.

---

[9] Cfr. O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, Lisboa, 1994, p. 69.
[10] Cfr. Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa - Das Fontes às Garantias, Coimbra, 1998, p. 545.
[11] Cfr. idem.

Mais: viola o princípio da imparcialidade administrativa, sendo, por isso, ilegal. É que sempre estará vedado ao júri a escolha de critérios de apreciação em momento posterior ao do conhecimento das candidaturas a apreciar. A não ser assim, mostram-se drasticamente diminuídas as garantias de imparcialidade, de racionalidade e de justiça das escolhas que venham a ter lugar por referência àqueles critérios.

20. Aliás, já teve o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República oportunidade de se pronunciar a este respeito, sendo inequívoco que "decorre da exigência de transparência da actividade administrativa e do respeito pelos princípios da igualdade, da justiça e da imparcialidade (...) a imposição, no plano ético-jurídico, de prévia comunicação aos concorrentes da referida "pauta de avaliação" das propostas a apresentar, com todos os micro-critérios que a constituem e respectivos coeficientes de ponderação (...). Proceder de outro modo, seleccionando os micro-critérios e compondo a ´grelha de avaliação` apenas depois da abertura das propostas é, a todos os títulos, prática incorrecta, porque incompatível com aqueles princípios e com a necessidade de transparência na actuação da Administração"[12]

21. Quanto aos limites intrínsecos ou de conteúdo, deverá notar-se que a validade dos sub-critérios depende da função concretizadora ou densificadora que assumam relativamente aos critérios gerais do concurso. A inovação mostra-se neste campo vedada. Também aqui a deliberação do júri desvirtua o princípio enunciado.

22. O que fica dito é ilustrado com um exemplo paradigmático: o estabelecimento de um factor de ponderação que condiciona as estruturas, quando companhias de dança, a estarem dotadas de uma direcção artística autónoma, assumida por um profissional da dança.

23. Tanto mais que este critério é fundamento de exclusão ou não selecção para apoio financeiro do Estado de apenas um dos candidatos - a Companhia de Dança de Lisboa, cuja direcção é assumida por um licenciado em engenharia.

24. Verifica-se que o júri do concurso adoptou um entendimento restritivo quanto ao conceito de estrutura de criação e produção coreográfica - como decorre da leitura do ponto 5 da acta - reportando-se, porém, à noção contida no art. 3º do Despacho Normativo n.º 51/96, nos termos do qual "entende-se por estrutura qualquer organização profissional legalmente constituída, seja ou não uma companhia de dança, que exerça de forma estável e regular as actividades de criação ou de produção coreográfica, independentemente da sua personalidade jurídica ou dos seus moldes institucionais".

---

[12] Cfr. Parecer nº 1/94, de 24 de Junho, publicado in D.R.-IIª Série, de 14-09-1994.

25. A delimitação subjectiva dos candidatos ao concurso é, assim, o objecto da norma citada. Ao júri compete apenas - tendo em seu poder elementos instrutórios relativos à identificação e indicação da natureza jurídica da estrutura e a indicação dos responsáveis artísticos, obrigatoriamente contidos na candidatura, como prescreve o art. 12º, alíneas a) e b), do Despacho Normativo - verificar se os candidatos preenchem ou não os requisitos regulamentarmente fixados na definição de estrutura, seja ou não uma companhia de dança. O aditamento "*a posteriori*" de requisitos a respeitar pelos candidatos que sejam uma companhia de dança é, a todos os títulos, inadmissível.

26. Em concreto, o requisito ou factor de ponderação reputado essencial pelo júri para a definição de companhia de dança não encontra qualquer apoio na letra ou no espírito da lei. Com efeito, se atentarmos na noção de estrutura contida no art. 3º do regulamento do concurso devemos concluir pela ilegitimidade da restrição introduzida pelo júri. Não se pode fazer tábua rasa da última parte da referida disposição regulamentar, quando considera irrelevante, para efeitos da sua aplicação, os "*moldes institucionais*" das estruturas.

27. Assim quando uma companhia de dança, no exercício da autonomia privada em matéria da sua própria organização, tem um director e um conselho artístico (composto por bailarinos e coreógrafos), cujos pareceres são determinantes nas decisões a tomar por aquele, não se vislumbra qual o interesse público que possa ser afectado por este modelo de organização interna, de modo a excluir a companhia de dança do apoio financeiro do Estado.

28. Com isto, passa-se já à análise da segunda vertente das questões suscitadas, tendo em vista a fundamentação da deliberação final do júri do concurso.

29. A conclusão que se retira é a da manifesta insuficiência e falta de clareza da fundamentação expendida relativamente a cada uma das candidaturas.

30. Tratando-se de um procedimento concursal de selecção (e ordenação das candidaturas), isto é, diverso dos procedimentos concursais que se destinam à adjudicação de uma proposta, com exclusão de todas as outras, o dever de fundamentação assume relevância significativa, não apenas quanto às decisões desfavoráveis, mas também no que respeita às favoráveis.

31. Isto porque a fundamentação revela a ponderação, caso a caso, dos critérios seguidos, no âmbito das tarefas de apreciação, comparação e valoração das candidaturas. O dever de imparcialidade traduz-se na obrigação de ponderação

comparativa das candidaturas, a qual, nas palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA, "implica um apreciável limite à discricionariedade administrativa"[13].

32. Temos, assim, como momento vinculado do juízo formulado pelo júri a apreciação e classificação das candidaturas, por dever aquele necessariamente revelar a ponderação de todos os critérios previamente fixados (mas, apenas, desses) e de todos os elementos relevantes das candidaturas, sendo "na equação ou relação entre os elementos das propostas e os critérios (...) que se consubstancia o juízo de classificação ou ordenação daquelas"[14].

33**.** Ora, a ponderação feita pelo júri pecou por defeito e por excesso. Por excesso, quando faz apelo a critérios diversos dos fixados no regulamento do concurso (como ficou demonstrado com o exemplo da candidatura da Companhia de Dança de Lisboa, no que concerne aos requisitos de organização de uma companhia de dança); por defeito, quando não se conhece do preenchimento dos requisitos de selecção, nem do valor relativo de cada um dos elementos a ponderar, limitando-se o júri a considerar que determinada estrutura "corresponde à maioria dos critérios enunciados"[15] ou que "não corresponde aos critérios enunciados para apoio a uma estrutura por parte do Ministério da Cultura"[16].

34. Sempre se poderá dizer que os juízos assim formulados são correctos, não lhes subjazendo motivação diversa da inspirada na lei, pelo que não há parcialidade. Note-se, porém: "Não está forçosamente em causa a eleição de um motivo vedado e gerador do desvio de poder, mas a violação da lei por ausência de adequada ponderação dos interesses tutelados"[17].

35. É que o desvalor associado à deliberação do júri (violação do princípio da imparcialidade) baseia-se tão só na consideração que, "as mais das vezes, a falta de adequada ponderação de interesses será detectada pela insuficiência de fundamentação"[18], como é o caso.

36. A ilustração do que fica dito melhor é servida com os fundamentos invocados para a rejeição das candidaturas, ou seja, na parte desfavorável da deliberação do júri do concurso.

37. Desde logo, distinguem-se dois tipos de argumentação expendida.

---

[13] Cfr. O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, cit., p. 60.

[14] Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA et al., Concursos e Outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa - Das Fontes às Garantias, cit., p. 502.

[15] Como é o caso da Re.Al (Resposta Alternativa), da Companhia de Dança Contemporânea de Évora e da Passos e Compassos - DançArte.

[16] Como é caso da Companhia de Dança de Lisboa.

[17] Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, cit., p. 60.

Nalgumas situações presentes ao júri, considerou este não serem as mesmas abrangidas pelo regulamento do concurso, na sua definição de estrutura de criação e produção coreográfica (art. 3º, do Despacho Normativo 51/96).

Noutras, os argumentos revelaram-se diversificados.

38. Quanto àquelas, e pese embora a escassez dos elementos de facto dados a conhecer na deliberação, certo é que se pode extrair da decisão que recaíu sobre cada uma dessas candidaturas quais os factos tidos por relevantes. Assim, das duas, uma: ou as candidaturas não assentavam em estruturas com uma actividade regular e estável, tal como exigido no art. 3º do regulamento do concurso (daí as expressões utilizadas: "*estrutura nova*", "*estrutura ainda sem actividade*" ou "*projecto novo*"), sendo, por isso excluídas do âmbito do concurso; ou as estruturas em causa não tinham por principal actividade a criação e produção coreográfica (o que, naturalmente, também corresponde a um dos requisitos enunciados na citada disposição regulamentar, na sua definição de estrutura).

39. Nos outros casos, a argumentação é manifestamente obscura ou insuficiente, ou ambas as coisas. Exemplo paradigmático é o seguinte: entendeu o júri que uma determinada candidatura "não corresponde aos critérios enunciados para apoio a uma estrutura", sem adiantar nada quanto aos aspectos em que a mesma se afasta desses critérios ou quanto aos próprios critérios tidos por padrão (todos? alguns? os factores de valorização constantes do art. 14º do regulamento? os denominados "factores de análise"?).

40. Acresce que a exclusão desta candidatura do apoio do Estado se fica também a dever à alegada falta de preenchimento de um requisito sobre a direcção das companhias de dança, o qual, como se viu atrás, é ilegal (recordo: trata-se de um critério "*extralegem*"), pelo que a sua invocação, por si só, fere de ilegalidade a deliberação proferida.

41. Por último, e ainda quanto à recusa de atribuição de um subsídio à Companhia de Dança de Lisboa, fundou-se o júri na consideração de que "o projecto artístico é pouco claro". Se este é fundamento de exclusão, restará indagar do seu próprio fundamento, ou seja, conhecer as razões que permitiram tal conclusão. Dir-se-ia que a adjectivação escolhida pelo júri melhor qualificaria a sua própria afirmação.

42. Outra ordem de argumentos incide sobre os meios disponíveis em razão

[18] Nas palavras de SÉRVULO CORREIA, Noções de Direito Administrativo, Vol. I, Lisboa, 1982, p. 255.

das verbas destinadas aos apoios a conceder pelo Estado. Relativamente a duas das candidaturas, o motivo explicitado para recusa de atribuição de um subsídio é o do esgotamento das referidas verbas, como se pode depreender da leitura das seguintes afirmações: "Os meios disponíveis não permitiram já contemplar minimamente esta estrutura" e "o júri propõe que transite automaticamente para o concurso para apoio a projectos pontuais de criação, uma vez que as verbas afectas ao presente concurso não permitem já contemplá-la".

43. Tanto mais merece reparo a fundamentação do júri quanto se tenha em vista o facto de o motivo apresentado em nada se referir às características da estrutura e do projecto artístico submetidos a concurso.

44. Isto por comparação com a apreciação feita do projecto apresentado pelo Ballet Contemporâneo do Norte, sobre o qual foi dito que "*afigura-se dimensionado muito acima dos meios disponíveis para apoio por parte do Ministério da Cultura*", pois tal ainda permite conhecer o íter cognoscitivo seguido pelo júri. Com efeito, tal sugere que a atribuição de um subsídio necessariamente muito inferior ao requerido não contribuiria para a viabilização do projecto em causa, sob pena de se desvirtuar o objectivo de viabilização e crescimento das estruturas de dança a prosseguir pelo Estado através da prestação de um apoio financeiro.

45. De todo o modo, não posso deixar de notar que a argumentação expendida neste caso é manifestamente insuficiente, não revelando o júri os elementos de facto que basearam a conclusão retirada, impedindo-se, desta forma a sindicância (nomeadamente em sede de recurso contencioso de anulação) da avaliação feita dos pressupostos de facto. Acresce que o critério enunciado integra-se no elenco dos requisitos aditados pelo júri já conhecidas as candidaturas, sendo, por isso, ilegítimo.

46. Voltando à análise dos fundamentos de exclusão das duas estruturas referidas no ponto 41, a conclusão que se retira é tão só que foram esgotadas as verbas do concurso com os subsídios atribuídos, não podendo já estas estruturas ser contempladas.

47. Se ainda se tiver em vista que as demais considerações tecidas pelo júri a propósito destas se revestem de um tom elogioso (até por apelo aos factores de valorização aplicáveis), não posso deixar de concluir que a fundamentação utilizada não apenas é obscura, por falta de explicitação do motivo determinante da exclusão, mas também incongruente.

48. As questões suscitadas quanto à invocada falta de verbas como motivo determinante (e único?) da não atribuição de um subsídio remetem-nos de novo para a fundamentação da deliberação na sua parte favorável. Não querendo repetir o que

ficou dito quanto à sua insuficiência, devo ainda notar que em lado algum se pode retirar o critério da definição e quantificação de cada uma das verbas atribuídas a título de subsídio anual, o que é exigido pelo dever de ponderação comparativa das candidaturas.

49. Mesmo não ignorando a escassez dos meios financeiros afectos ao concurso, o que, aliás, corresponde a uma das preocupações do júri (e, a meu ver, legítima), sempre se insistirá na necessidade de clarificação dos critérios usados na distribuição dos dinheiros públicos. Os princípios da transparência e da racionalidade administrativa a tal obrigam.

50. É doutrina assente que a obscuridade ou insuficiência dos fundamentos corresponde à falta de fundamentação, como aliás se conclui da leitura do art. 125º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro.

51. Uma fundamentação constitucionalmente adequada sempre observará três princípios essenciais:"(a) *princípio da suficiência*, devendo a fundamentação estender-se a todos os elementos em relação aos quais a Administração dispõe de poder discricionário de escolher (e o exerce), de forma a poder reconstituir-se o íter lógico e jurídico do procedimento que terminou com a decisão final ("motivação ou fundamentação de todo suficiente"); (b) *princípio da clareza*, de modo que a fundamentação seja inteligível, sem ambiguidades nem obscuridades, tendo em conta a figura do destinatário normal ou razoável que, na situação concreta, tenha de compreender as razões decisivas e justificativas da decisão; (c) *princípio da congruência*, de tal modo que se verifique existir uma relação de adequação e consonância entre os pressupostos normativos do acto (de facto e de direito) e os motivos do mesmo, devendo, por isso, considerar-se como equivalente à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por contradição, não esclareçam concretamente a motivação do acto"[19].

52. Assim, mostra-se desde logo postergada a função garantística indissociavelmente ligada ao dever de fundamentação dos actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares, assinalando-se que "em relação aos actos praticados no exercício de poderes discricionários a

[19] GOMES CANOTILLHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, Coimbra, 1993, p. 936.

fundamentação é mesmo um requisito essencial, visto que sem ela ficaria substancialmente frustrada a possibilidade de impugnar com êxito os seus vícios mais típicos. Nesse domínio, a fundamentação é uma garantia do próprio direito ao recurso contencioso"[20]. Deverá concluir-se que o exercício de um poder discricionário não isenta a Administração do dever de fundamentação dos seus actos; pelo contrário, antes o "exige especialmente", nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE[21].

53. Além de que à fundamentação dos actos administrativos é ainda assinalada uma importante função objectiva , como regra essencial do dever de boa administração, ou "norma de acção administrativa (...) que visa assegurar uma correcta e ponderada realização dos interesses públicos (legalidade, imparcialidade, justiça, eficiência)"[22].

54. Restará concluir que no domínio dos concursos (mesmo de concorrência, como é o caso), as escolhas e valorações feitas a partir da análise comparativa das candidaturas terão sempre de pautar-se por critérios objectivos que garantam a correcção, imparcialidade e justiça daquelas escolhas. A falta de densificação dos critérios regulamentares não poderia ter sido suprida com o aditamento de critérios novos, como aconteceu. De qualquer forma, a motivação das escolhas feitas pelo júri (como resultado da ponderação comparativa) sempre teria de ser explicitada nos fundamentos aduzidos, quer para a atribuição, quer para a recusa dos subsídios, sob pena de invalidade dessas mesmas escolhas. No que a este concurso se refere, restará concluir pela ilegalidade da deliberação final analisada.

B) Conclusões

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), e fazendo uso dos poderes que me são confiados pelo Estatuto do provedor de justiça, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, no seu art. 20º, n.º 1, alínea a), como tal,

Recomendo

A revogação, por ilegalidade, do acto de homologação da deliberação tomada pelo júri do concurso para apoio anual a estruturas de criação e produção coreográfica de carácter profissional e de iniciativa não governamental para o ano de 1998, em reunião ocorrida nos dias 8, 13 e 24 de Novembro de 1997.

[20] GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit., p. 936.
[21] Cfr. O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos, Coimbra, 1991, p. 136.

Recomendação parcialmente acatada

À
Exma. Senhora
Directora da Delegação Regional do Norte
Ministério da Economia

R-1681/98
Rec. n.º 73/A/98
1998.11.27

I
Exposição de motivos

Foi apresentada na Provedoria de Justiça uma queixa a respeito da laboração de oficina de limpeza e polimento de metais exercida pelo Sr..., na Rua..., freguesia de Canelas, em Vila Nova de Gaia.

1. Nos termos da exposição que me foi dirigida, procede o industrial à utilização de produtos químicos corrosivos, despejando na via pública detritos líquidos e de cheiro pestilento, com contaminação dos solos e das águas dos poços locais. A situação caracterizada acarreta sérios riscos para a saúde pública considerando a inserção do estabelecimento em zona habitacional.

2. Indagada a Delegação Regional do Norte do Ministério da Economia sobre o fundamento da pretensão reclamada, veio a ser informado ter sido requerido o licenciamento da unidade industrial ao abrigo do disposto no art. 24º do Decreto-Lei n.º 109/91, de 15 de Março, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 282/93 de 17 de Agosto.

Por motivo da deficiente instrução do pedido, foi o requerente notificado a suprir as insuficiências verificadas em 9 de Maio de 1996, sem que haja prestado qualquer resposta.

Em 23 de Abril de 1996 foi promovida acção de fiscalização, tendo sido verificado o incumprimento das prescrições legais aplicáveis em matéria hígio-sanitária, e no domínio da segurança laboral e observada a produção efectiva de danos para a vizinhança, mormente os associados à propagação de ruído e à ausência de tratamento dos efluentes industriais. Subsequentemente, ainda no decurso do primeiro

[22] Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ob. cit., loc. cit.

semestre do ano de 1996, foi o proprietário intimado a suspender o exercício da laboração ilegal. Na sequência das reclamações posteriores, foi o industrial autuado por não ter sido suprida a situação de ilegalidade.

3. Reconhecida a procedência da reclamação por esses serviços regionais, cumpria ao industrial proceder à regularização da situação. Não tendo o mesmo diligenciado no sentido de repor a legalidade, impor-se-ia a adopção de procedimentos adequados à efectiva cessação do exercício do uso industrial. Não se coadunam as actividades reclamadas, pela sua natureza e classificação legal, com o seu exercício em zona habitacional, vedando expressamente o legislador a possibilidade da instalação de tais estabelecimentos em áreas residenciais. Fundam-se a classificação atribuída classe B e a citada proibição legal na consideração dos especiais riscos que a exploração daquelas actividades acarreta para as pessoas e o ambiente. Ao não accionar os mecanismos legalmente previstos para assegurar a eliminação dos riscos verificados para o ambiente e a saúde pública, omitiu essa autoridade administrativa o estrito respeito pelo dever de boa administração, sujeitando os particulares, que não auferem qualquer proveito do fabrico e tratamento de artigos metálicos, aos inconvenientes da exploração ilegal.

De resto, o não exercício dos poderes cometidos à delegação regional em ordem à reintegração dos interesses ambientais lesados, constitui a Administração em responsabilidade pelos prejuízos verificados na esfera jurídica de terceiros e associados à perpetuação da iniquidade.

II
Conclusões

De acordo com o exposto, entendo exercer a faculdade que me é conferida pelo disposição compreendida no art. 20º, n.º1, al a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e, como tal,

Recomendo

a V.Exª que ordene a imediata suspensão do exercício da actividade industrial prosseguida pelo Sr.... na Rua..., freguesia de Canelas, em Vila Nova de Gaia com fundamento no facto de o industrial manter laboração não licenciada, à revelia das prescrições legais aplicáveis, e sob cominação de ser requerida a interrupção do fornecimento de energia eléctrica à Electricidade do Norte, S.A.

A decisão proferida deverá conter expressa enunciação das razões de facto e de direito que a suportam (cfr. art. 123º, n.º 1, al. d) e n.º 2, art. 124º, n.º 1, al.a) e art. 125º do

Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, na sua actual redacção), e ser notificada ao infractor nos termos previstos nos artigos 66º, al.b) e 68º do citado diploma.

Recomendação parcialmente acatada

Ao
Exmº Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Sousel

R-3242/97
Rec. n.º 76/A/98
1998.12.04

I
Dos Factos

1. Foi instruído processo na Provedoria de Justiça na sequência da reclamação do acto que decidiu pela aplicação ao munícipe J... de coima pela promoção de obras de alteração da fachada principal do edifício sito na Rua Bartolomeu, em Sousel.

2. Analisados os elementos facultados a este Órgão do Estado, entendi inexistirem fundamentos que justificassem a censura daquele acto, por se verificar que o promotor das obras iniciara a sua execução sem alvará de licença de construção, facto que consubstancia comportamento contra-ordenacional, passível de aplicação de coima, como se alcança da análise do disposto no art. 54º, n.º 1 al. a) e n.º 2 do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro (que aprovou o regime do licenciamento municipal de obras particulares).

3. Verifiquei, não obstante, que a promoção daquelas obras de alteração da fachada principal do edifício havia sido precedida do correspondente requerimento para licenciamento, o que havia dado lugar à constituição do processo de obras n.º 52/97, que correu termos nessa Câmara Municipal, no âmbito do qual havia sido proferida decisão intercalar de suspensão do seu prosseguimento.

4. Efectivamente, e no âmbito do processo de obras n.º 52/97, entendeu V. Exa. dever condicionar-se a sua marcha à retirada da cobertura em chapas de zinco de um terraço a tardoz da habitação - obra efectuada já há cerca de oito anos.

5. Instado V. Exa. para o efeito, veio a justificar essa decisão intercalar pelo facto de aquela construção erguida a tardoz não estar licenciada, e se encontrar em

desconformidade com o prescrito no art. 2º, n.º 4 do Regulamento de Construção, Fiscalização e Taxas de Obras Particulares, aprovado pela Câmara Municipal e pela Assembleia Municipal de Sousel, em 27 de Dezembro de 1995 (publicado no Diário da República, II série, de 27 de Fevereiro de 1996).

II
Dos Fundamentos

6. Analisado o regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro) observa-se inexistir previsão que justifique a suspensão do processo de licenciamento, por motivo da natureza do ora em apreço.

7. Observa-se, ainda, que o incumprimento, por parte do requerente, da condição imposta (conformação de uma outra construção, não abrangida pelo processo de licenciamento em apreço, com as regras municipais em vigor), nem sequer poderia vir a fundamentar o indeferimento do pedido de licenciamento da obra que pretendia erguer a coberto do processo de obras n.º 52/97, como se alcança da análise do elenco taxativo que consta do art. 63º do supra mencionado Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro.

8. Afigura-se-me, assim, que a condição imposta para o prosseguimento do processo de obra n.º 52/97, se encontra ferida do vício de violação de lei.

9. Faço notar a V. Exa. que a ordem jurídica prevê os meios adequados à legalização de obras promovidas sem o necessário alvará de licença de construção, ou demolição, quando se conclua que a intervenção clandestina é insusceptível de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, segurança e salubridade (cfr. art. 167º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de Agosto de 1951 e art. 58º do supra mencionado regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro).

10. E, tais meios, não se reconduzem à solução que se pretendeu adoptar no caso apreciado.

11. De facto, verificando-se que a construção erguida a tardoz não estava licenciada e que se encontrava em desconformidade com o prescrito no art. 2º, n.º 4, do Regulamento de Construção, Fiscalização e Taxas de Obras Particulares, deveria, em lugar de apor condição para o prosseguimento da marcha de um processo de licenciamento de uma outra obra dela independente, ter essa Câmara Municipal

intimado o proprietário a apresentar projecto de legalização da construção clandestina que satisfizesse os requisitos legais e regulamentares de urbanização, segurança, estética e salubridade (art. 167º do Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de Agosto de 1951).

12. No âmbito desse processo de legalização, a remoção daquelas chapas afigurar-se-ia, então, como condição essencial a uma futura decisão favorável.

13. No entanto, tal facto não poderia, pelas razões atrás expressas, constituir condição para o deferimento do pedido de licenciamento de uma outra obra, daquela independente.

14. Devo recordar a V. Exa. que o princípio da subordinação da Administração à lei comporta a necessidade de esta conformar a sua actuação com os quadros legais existentes, ainda que outros possam parecer mais adequados à prossecução do interesse público.

15. E não posso deixar de fazer notar a V. Exa. que estão os órgãos da Administração Pública vinculados, cumulativamente, na sua actuação, aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos (art. 266º da Constituição da República Portuguesa e arts. 3º e 4º do Código do Procedimento Administrativo).

16. E se o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém (segundo a princípio geral enunciado no art. 6º do Código Civil), não poderá, por maioria de razão, desculpabilizar a actuação de uma entidade que, dada a sua natureza, se encontra especialmente vinculada ao seu cumprimento.

III
Conclusões

São estas motivações, Senhor Presidente da Câmara Municipal de Sousel, que me aconselham dever,

Recomendar

a V. Exa. (ao abrigo do disposto no art. 20º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) que siga o processo de obras n.º 52/97 os seus trâmites até final, conformando-se a sua marcha com o previsto no regime do licenciamento municipal de obras particulares, aprovado pelo do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Caldas da Rainha

R-2616/98
Rec. n.º 80/A/98
1998.12.21

I
Exposição de Motivos

1. O munícipe A.... apresentou queixa ao provedor de justiça, alegando que a Câmara Municipal de Caldas da Rainha procedera ao alargamento e rectificação do traçado de uma estrada municipal, a Rua Diário de Notícias, tendo ocupado, para o efeito, uma parte do prédio rústico de que é proprietário, sito na freguesia de Nossa Senhora do Pópulo, concelho das Caldas da Rainha.

2. Na reclamação referia-se que, entre Outubro de 1992 e Fevereiro de 1993, a Câmara Municipal de Caldas da Rainha, através de empreitada adjudicada à sociedade J..., realizou obras de alargamento e pavimentação da Rua Diário de Notícias, ocupando uma parcela do prédio supra referido, superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, e derrubando várias árvores existentes no local.

3. Resultava, ainda, dos elementos apresentados pelo reclamante, que o prédio em causa, à data da execução das referidas obras, pertencia à mãe do reclamante. Posteriormente, enquanto herdeiros da referida proprietária, o reclamante adquiriu o direito de propriedade sobre o prédio, tendo sido constituído em favor de seu pai o direito de usufruto sobre o mesmo imóvel.

4. Inquirida a Câmara Municipal de Caldas da Rainha, informou esta, pelo ofício 8108, de 12/10/98, que na execução das obras de alargamento da Rua Diário de Notícias havia, efectivamente, ocupado uma parcela do prédio supra referido e abatido algumas árvores plantadas no local.

5. Contudo, invocou a autarquia, que esta ocupação fora devidamente autorizada pela proprietária do terreno, não obstante não ter sido celebrado negócio jurídico de transmissão, nem se ter chegado a acordo quanto ao respectivo preço.

6. No sentido de obter uma resolução desta questão, o reclamante intentou já duas acções, no Tribunal Administrativo do Círculo de Coimbra, as quais correram os seus termos sob os n.ºs. 554/94 e 110/96, tendo culminado com decisões, respectivamente, de indeferimento liminar da petição e de absolvição da instância por

falta de legitimidade do réu Fernando Costa, Presidente da Câmara Municipal de Caldas da Rainha à data da execução das obras, e por falta de personalidade judiciária da Câmara Municipal de Caldas da Rainha.

7. Desta forma, nas referidas acções judiciais, o Tribunal Administrativo do Círculo de Coimbra decidiu com base na inexistência de pressupostos processuais e não chegou a tomar conhecimento do fundo da causa, relativamente ao qual, não se formou, assim, caso julgado.

8. Não sendo controversa a factualidade invocada na reclamação, resulta claro que subsistem divergências quanto às consequências jurídicas da actuação assumida pela Câmara Municipal de Caldas da Rainha.

9. Assim, não obstante invocar que a falta de resolução deste problema se deve à inexistência de acordo quanto ao valor do terreno ocupado, a Câmara Municipal de Caldas da Rainha, em sede judicial, sempre alegou não existir qualquer actuação ilícita da sua parte.

10. Ora, resulta dos factos apurados que não existe título de transferência do direito de propriedade sobre a parcela de terreno ocupada para via pública, pela Câmara Municipal de Caldas da Rainha.

11. O direito de propriedade privada, consagrado no art. 62º da Constituição, compreende, como uma das suas componentes, o direito de não ser privado dos bens que tem por objecto, ou pelo menos, o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade e de ser indemnizado em caso de desapropriação (cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª Ed., Coimbra, 1993, pp. 332 a 334).

12. Aliás, na medida em que o direito de propriedade privada reveste natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, conforme entende a generalidade da doutrina (cfr. MIRANDA, Jorge, Direito Constitucional, IV, 2ª Ed., Coimbra, 1993, pp. 143 e 466), goza o mesmo do respectivo regime constitucional específico, por força do art. 17º da Constituição.

13. Interessa, sobretudo, considerar que, por força do citado regime constitucional, as entidades públicas estão vinculadas ao respeito pelo direito de propriedade privada, sendo o Estado e as demais entidades públicas solidariamente responsáveis por quaisquer acções ou omissões que determinem a sua violação, nos termos estabelecidos nos artigos 18º, n.º 1, e 22º da Constituição.

14. No mesmo sentido, estabelecem os artigos 1308º e 1310º do Código Civil, que ninguém pode ser privado, no todo ou em parte, do direito de propriedade, senão nos casos fixados na lei e sempre mediante justa indemnização aos titulares dos direitos reais afectados.

15. À Administração Pública incumbe prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (cfr. art. 266º da CRP e art. 4º do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro).

16. Assim, qualquer entidade pública que necessite de se apropriar de bens objecto de propriedade privada para prosseguir as respectivas atribuições, está vinculada, por força da Constituição e da lei, a observar um procedimento legalmente definido, no qual se salvaguardem os direitos dos interessados, designadamente o direito à indemnização.

17. Assim sendo, não deveria a Câmara Municipal de Caldas da Rainha ter ocupado o prédio em causa, sem, para tanto, estar habilitada por título adquirido pelo direito privado ou sem estar concluído o procedimento tendente à expropriação por utilidade pública do mesmo prédio, conforme impõe o art. 2º do Código das Expropriações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 438/91, de 9 de Novembro.

18. No caso concreto, a Câmara Municipal de Caldas da Rainha alega que a ocupação da parcela indispensável às obras de beneficiação da via pública foi legitimada pela prévia autorização verbal da proprietária do imóvel.

19. No entanto, o art. 80º, n.º 1, do Código de Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 40/96, de 7 de Maio, exige que os negócios jurídicos que importem a constituição do direito de propriedade sobre imóveis sejam celebrados por escritura pública. O que, aliás, resulta ainda do disposto em vários preceitos legais relativos à forma dos negócios jurídicos translactivos de bens imóveis (cfr. artºs 875º e 947º, n.º 1, do Código Civil).

20. Nesta conformidade, qualquer acordo verbal que tivesse sido celebrado entre a Câmara Municipal de Caldas da Rainha e a proprietária do imóvel, relativo à transmissão da referida parcela de terreno para o domínio público, estaria viciado por nulidade, por força do art. 220º do Código Civil, pelo que não habilitaria o município a apropriar-se do terreno em causa.

21. A instrução do processo permitiu apurar que, até à presente data, não foi formalizado qualquer negócio jurídico de direito privado, nem, verificada a impossibilidade da sua celebração - por falta de acordo quanto ao valor da parcela de

terreno ocupada - foi desencadeado qualquer processo de expropriação do bem por utilidade pública

22. Há, pois, de concluir-se que a Câmara Municipal de Caldas da Rainha se apossou, sem título e sem proceder ao pagamento do justo preço, de uma parcela de terreno, o que constitui uma actuação ilícita, a qual determina prejuízos que urge reparar.

23. O reclamante, assim como o seu pai, na qualidade de herdeiros da anterior proprietária e sucessores nos respectivos direitos, assim como na qualidade de titulares de direitos reais sobre o terreno que se encontra ocupado, já manifestaram a sua intenção de não abdicar do direito ao pagamento da justa indemnização.

24. Por seu turno, a Câmara Municipal de Caldas da Rainha, não obstante assumir que tem obrigação de pagar uma indemnização pela área de terreno ocupada para via pública e pelo prejuízo decorrente do arranque de árvores, reconhece, expressamente, que não tem sido possível chegar a acordo quanto à área a ter em atenção e ao montante da respectiva indemnização, até porque pretende fazer um acerto de áreas, mediante a transmissão ao actual proprietário do terreno de uma área a desafectar do domínio público municipal.

25. Cumpre salientar que, se nada parece obstar, do ponto de vista jurídico, à desafectação e subsequente transmissão para os proprietários do prédio contíguo, do terreno actualmente integrado no domínio público, porque se trata de um negócio jurídico de direito privado, a sua celebração está na disponibilidade dos contraentes e não lhe pode ser imposta.

26. Desta forma, o apuramento da área a tomar em consideração para efeitos de indemnização não pode, sem existir acordo dos interessados nesse sentido, incluir a área de terreno que a Câmara Municipal de Caldas da Rainha pretende alienar.

27. Por outro lado, ainda que se encontrem esgotadas as possibilidades de aquisição por via do direito privado, recai sobre a Câmara Municipal de Caldas da Rainha o dever de desencadear o processo de expropriação por utilidade pública do terreno de que se apropriou indevidamente.

II
Conclusões

De acordo com o que ficou exposto, e em nome da atribuição constitucional que me é conferida no sentido da prevenção e reparação de injustiças (art. 23º, n.º 1,

CRP), entendo fazer uso dos poderes que me são conferidos pelo art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril (Estatuto do provedor de justiça), e, como tal,

Recomendo

1º Que a Câmara Municipal de Caldas da Rainha adquira para o respectivo Município, a parcela de terreno ocupada pelas obras de alargamento e rectificação do traçado da Rua Diário de Notícias, através da celebração, por escritura pública, de contrato de compra e venda, tomando em conta o valor daquele terreno e das árvores aí existentes.

2º Só deverá ser realizada compensação de áreas, considerando a alienação pelo Município de Caldas da Rainha de uma área desafectada do domínio público municipal, se existir acordo dos interessados na sua aquisição.

3º No caso de não ser possível chegar a acordo, quanto à aquisição da parcela de terreno referida em 1º, que a Câmara Municipal de Caldas da Rainha apresente requerimento com vista à expropriação daquele terreno, nos termos previstos no Código das Expropriações.

Recomendação acatada

2.1.2. Resumos de processos anotados

R-2024/88

Assunto: Direito ao ambiente e qualidade de vida. Poluição sonora e atmosférica.

Objecto: Poluição causada por ruído proveniente de equipamento industrial e por emissão de poeiras.

Decisão: Arquivamento do processo por motivo de terem sido adoptadas medidas minimizadoras do ruído, através da realização de obras de insonorização e de se ter procedido à instalação de equipamento de eliminação de poeiras.

Síntese:

1. Apresentada queixa relativa às condições de funcionamento de um Terminal cerealífero, na Trafaria, em Almada, nos termos da qual o reclamante se queixava dos níveis de ruído produzidos pelo funcionamento do equipamento e pela emissão de poeiras lançadas para o exterior das instalações da referida unidade cerealífera, foram inquiridas, no âmbito da instrução do processo, a Autoridade Sanitária Distrital de Setúbal, o Ministério das Obras Públicas, a Direcção-Geral da Qualidade do Ambiente e a Administração do Porto Lisboa.

2. Em sequência das diligências instrutórias efectuadas, concluiu-se que a Direcção-Geral do Ambiente - a qual sucedeu à Direcção-Geral da Qualidade do Ambiente - realizou exame acústico do qual resultou que o ruído proveniente daquela unidade cerealífera excedia o nível sonoro legalmente admitido, designadamente o constante do artigo 14º do Regulamento Geral Sobre o Ruído, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho, pelo que foi instaurado processo contra-ordenacional contra a Empresa de silos portuários em causa.

3. Em cumprimento da decisão proferida no âmbito do referido processo contra-ordenacional, a mencionada empresa cerealífera apresentou um estudo inserido num programa de reforço do isolamento acústico e minimização do impacto sonoro, em sequência do que foram realizadas obras de insonorização, pelo que logrou obter uma melhoria significativa dos níveis de ruído produzidos pelo equipamento de que dispõe, cumprindo a legislação em vigor.

Procedeu ainda à execução de um plano geral de melhoria de qualidade do ambiente através da instalação de um sistema de desempoeiramento o qual permitiria a redução substancial da emissão de poeiras.

Resolvida a situação a situação de incomodidade por motivo da ilegalidade invocada ter sido reparada, o processo mereceu despacho de arquivamento ao abrigo do disposto no artigo 31º, alínea c), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

P-742/89

Assunto: Urbanismo. Obras particulares. Legalização. Alvará de loteamento. Alteração. Nulidade. Demolição.

Objecto: Legalização de edificação pela Câmara Municipal de Gondomar, em infracção às condições fixadas no respectivo alvará de loteamento quanto à área de ocupação da parcela.

Decisão: Acatamento da recomendação formulada àquele órgão autárquico para ser declarada a nulidade do acto de legalização e adoptada medida de intimação ao proprietário infractor para demolir o edificado até ser obtida conformidade com o índice de ocupação permitido para o lote.

Síntese:

1. A CM de Gondomar legalizou a edificação de um anexo em infracção às condições fixadas no alvará de loteamento , por tal construção ocupar área superior do lote (50%) àquela que se destinava a habitação.

Esta infracção consubstancia uma modificação das regras definidas para a aprovação da operação de loteamento, devendo, como tal, ser precedida de parecer obrigatório da Administração Central, especificamente da Comissão de Coordenação da Região Norte, o que não sucedeu.

2. Justifica-se desencadear a cominação de nulidade (art. 53º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 400/84, de 31 de Dezembro, e Parecer n.º 124/90, PGR, in DR, II, n.º 155, p. 7190), sendo que a atitude de tolerância da Câmara Municipal de Gondomar atinge, sem qualquer fundamento objectivo e razoável o princípio da igualdade, uma vez que os demais proprietários dos lotes se confinaram aos índices de ocupação de logradouros fixados no alvará de loteamento urbano. Apenas por via da demolição parcial do edificado até ao ponto de ser obtida conformidade com o índice de ocupação permitido (8%), é reposta a legalidade urbanística e eliminada a situação de injustiça relativamente aos demais proprietários dos lotes.

6. Formulada recomendação àquele órgão autárquico para ser declarada a nulidade do acto de legalização e adoptada medida de intimação ao proprietário infractor para demolir o edificado até ser obtida conformidade com o índice de ocupação permitido para o lote, veio a mesma a ser acatada.

R-613/96

Assunto: Administração Local. Domínio Público.

Objecto: Exigência de cedência de parcela de terreno para integrar o domínio público municipal como condição para o licenciamento de obras de construção de um edifício multifamiliar, o que veio a ser objecto de contrato de doação a favor do município para fins de utilidade pública não declarada.

Decisão: A Câmara Municipal de S. João da Madeira acatou a Recomendação do provedor de justiça no sentido da resolução do negócio jurídico celebrado com o queixoso, com a consequente repetição do indevido e pagamento de indemnização, assim como a declaração de nulidade da condição imposta ao deferimento do pedido de licença de construção. Nesses termos, o processo foi arquivado, sem prejuízo da sua reabertura por falta de execução da deliberação camarária que havia conferido inteiro seguimento ao recomendado.

Síntese:

1. Na sequência de queixa apresentada por titular de licença de construção de edifício com a condição de cedência de parcela de terreno ao município de S. João da Madeira, satisfeita pelo mesmo, foi ouvida a referida entidade pública, para que esclarecesse a base legal da exigência formulada.

2. Tendo-se concluído pela ilegalidade da condição imposta ao interessado, em sede de licenciamento municipal de obras particulares, por se considerar que a imposição deste tipo de condições, sem mais, do regime de licenciamento das operações de loteamento e obras de urbanização, para mais operando-se restrição não consentida ao direito de propriedade, foi formulada Recomendação à Câmara Municipal de S. João da Madeira, com vista à declaração de nulidade da condição de cedência, atenta a ofensa ao conteúdo essencial de um direito fundamental, à resolução do contrato de doação e ao pagamento de indemnização ao particular.

3. A Câmara Municipal de São João da Madeira deliberou acatar integralmente a

Recomendação formulada, termos em que veio a ser arquivado o processo na Provedoria de Justiça.

R-1916/96

Assunto: Habitação. Casa municipal. Rendas.

Objecto: Atribuição de um fogo ao agregado familiar do reclamante pela Câmara Municipal de Lisboa, atentos os condicionamentos ditados pelo estado de saúde da sua mulher, cuja doença incapacitante limita significativamente a sua locomoção e implica o acompanhamento diário por técnicos sociais e de saúde.

Decisão: Foi determinado o arquivamento do presente processo, na sequência da escolha e atribuição de um fogo municipal para realojamento do agregado familiar do reclamante, cujas localização e características corresponde às necessidades e expectativas dos interessados.

Síntese:

1. Foi exposta a este Órgão do Estado a situação do agregado familiar do reclamante, habitando, à data, um fogo municipal correspondente à adaptação de uma loja em cave a fracção habitacional, sem reunir as condições mínimas de segurança e salubridade. Note-se que a casa não tinha janelas, sendo iluminada e ventilada apenas pela porta de entrada, ocorrendo ainda infiltrações dos esgotos do edifício.

2. A gravidade da situação descrita, para mais contando-se entre os membros do agregado familiar um menor e uma pessoa com doença incapacitante, baseou o acompanhamento feito pela Provedoria de Justiça, primeiro, junto do Vereador do Pelouro da Habitação da Câmara Municipal de Lisboa e, posteriormente, junto do Departamento de Gestão Social do Parque Habitacional da Câmara Municipal de Lisboa (Bairros Municipais).

3. Os problemas suscitados na instrução do processo respeitavam não apenas à necessidade premente de realojamento do agregado familiar em causa em habitação condigna, mas também às especificidades a ter em conta na escolha do novo fogo, ditadas pelo estado de saúde da mulher do reclamante. Assim, o novo fogo teria de se localizar em área abrangida pelos serviços sociais da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (para assistência diária da senhora) e deveria corresponder a piso térreo ou de primeiro andar (dadas as dificuldade de deslocação). Para tal, teria sempre de se contar com a exiguidade dos recursos logísticos da Câmara Municipal de Lisboa.

4. O Departamento camarário contactado, formal e informalmente, sempre prestou os esclarecimentos necessários e revelou os esforços desenvolvidos com vista à satisfação das pretensões do reclamante, vindo a ser atribuído um fogo que reunia as condições desejadas.

5. O acompanhamento da situação terminou quando o agregado familiar foi efectivamente realojado, na sequência da feitura de pequenas obras de reparação e pintura do fogo pela Câmara Municipal e definida a renda mensal de acordo com a disponibilidade financeira do agregado familiar.

R-1926/96

Assunto: Direitos Fundamentais. Direitos de Autor.

Objecto: Utilização de projecto fora do âmbito do concurso público onde fora apresentado sem autorização dos respectivos autores.

Decisão: Formulada Recomendação no sentido de que a empresa responsável pelo concurso público indemnizasse os reclamantes pelos danos que a utilização não autorizada da sua obra lhes causara, a mesma não foi acatada.

Síntese:

1. Apurou-se que o estudo prévio apresentado pelos reclamantes no Concurso Público Internacional para a elaboração do projecto de Plano de Pormenor da nova Aldeia da Luz fora excluído por prever uma solução que preservava a actual Aldeia da Luz através da construção de diques.

2. Essa exclusão não sofreu contestação, mas o júri do concurso apontou publicamente o interesse e novidade da solução em causa, o que levou a empresa responsável pelo concurso a proceder a estudos complementares para averiguar da sua viabilidade.

3. Estes estudos técnicos decorreram à margem dos autores do projecto, que, entendendo lesados os seus direitos de autor, decidiram interpor providência cautelar para impedir a empresa de continuar a utilizar o estudo prévio fora do âmbito do concurso, no que obtiveram êxito.

4. O provedor de justiça apreciou o conteúdo dos estudos de exequibilidade técnica e viabilidade económica encomendados pela empresa e concluiu que tinha havido efectiva utilização, não autorizada, do estudo prévio em causa, em violação do previsto pelo art. 67º, n.º 1, do Código do Direito de Autor e Direitos Conexos.

5. Considerando o provedor de justiça que a empresa incorrera em responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito, formulou Recomendação para que a mesma indemnizasse os reclamantes pelos danos que a utilização não autorizada da sua obra lhes causara.

6. A recomendação não foi acolhida pela empresa em causa, tendo o processo

sido arquivado por impossibilidade de ulterior intervenção.

P-2260/96

Assunto: Urbanismo e Obras. Licenciamento

Objecto: Exigência pela Câmara Municipal de Mirandela, no âmbito do procedimento de licenciamento municipal de obras particulares ao respectivo requerente, de parecer da junta de freguesia quanto à implantação pretendida para a obra.

Decisão: Foi acatada a recomendação formulada.

Síntese:

1. Foi apresentada queixa contra a exigência, no âmbito de procedimento de licenciamento municipal de obras particulares, de uma informação da junta de freguesia. Não foi justificada, nos termos do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, com a redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, pela Câmara Municipal de Mirandela a citada exigência, apenas sendo referido que a informação em causa permitia às juntas de freguesia tomar conhecimento das obras a serem realizadas na freguesia e a prestar informações prévias de interesse para apreciação dos pedidos de licenciamento.

2. Foi considerada procedente a reclamação, porquanto se mostra destituída de fundamento legal a citada exigência, a qual contraria a proibição constante do art. 3º do Decreto-Lei n.º 129/91, de 2 de Abril, quanto à exigência aos particulares de formulários, formalidades ou pagamentos que não sejam expressamente mencionados em lei ou regulamento.

3. Formulada recomendação, veio esta a ser acatada. Quer quanto à inexistência de fundamento legal que habilite a câmara municipal a condicionar a apreciação dos pedidos de licenciamento à apresentação de qualquer informação das juntas de freguesia por parte dos requerentes, sem prejuízo de serem solicitadas as informações que se entenderem convenientes para uma correcta apreciação da pretensão urbanística. Quer, também, quanto à prossecução da instrução dos procedimentos de licenciamento municipal de obras particulares pendentes, informando-se os requerentes que se considera sem efeito a referida exigência.

R-3817/96

Assunto: Urbanismo. Loteamentos. Licenciamento.

Objecto: Licenciamento de loteamento em Gondomar, improcedência da reclamação.

Síntese:

No presente processo foi elaborado parecer que se reproduz, sobre o qual recaiu despacho de concordância do provedor de justiça, após o que foi arquivado o processo.

1. Foi apresentada queixa na Provedoria de Justiça relativa à actuação da Câmara Municipal de Gondomar em vários procedimentos de licenciamento de obras de construção e de operações de loteamento, em que são requerentes os reclamantes.

2. Os processos camarários a que deram origem são, pelo que se analisa da documentação enviada pelos reclamantes, os seguintes:

A. Processo n.º 1716/85

Neste processo foi requerida a aprovação da operação de loteamento a realizar em terreno situado junto à Rua do Barreiro, freguesia de Fânzeres, concelho de Gondomar.

A Direcção Regional de Entre-Douro e Minho do Ministério da Agricultura comunicou aos requerentes, em ofício datado de 25-09-1985 (cfr. fls. 20), que os terrenos em questão estavam incluídos na Reserva Agrícola Nacional, podendo ser solicitada a sua desafectação.

A Câmara Municipal de Gondomar indeferiu o pedido de licenciamento do loteamento, por se tratar de terreno incluído na Reserva Agrícola Nacional (ofício de 06-03-1986, a fls. 22).

A Direcção Regional citada confirmou a inclusão do terreno na RAN, nos termos de ofício datado de 17-06-1987 (cfr. fls. 21), respondendo a novo pedido de informação formulado pelos requerentes em 26-05-1987.

A Câmara Municipal não encetou o procedimento de desafectação da RAN, tendo em 1990 (cfr. ofício n.º 4180, a fls. 26) arquivado o processo, por entender que a exposição datada de 26-11-1986 (cfr. fls. 23-25) não trazia nada de novo ao processo.

B. Pedido registado sob o n.º 1842

Em 21 de Abril de 1992, os interessados formularam pedido de informação prévia relativo à construção de dois blocos de edifícios no seu terreno (cfr. fls. 27-33).

No dia 8 de Maio desse ano, a Câmara informou os requerentes que deviam

formular pedido de licenciamento de loteamento devidamente instruído, dado que a sua pretensão consubstanciava uma operação de loteamento (cfr. fls. 34).

C. Pedido registado sob o n.º 4051

Em 10-09-1992 os requerentes solicitaram à Câmara Municipal de Gondomar a aprovação do loteamento (cfr. fls. 35).

A Câmara Municipal solicitou, em 19-10-1992, alguns elementos para instrução daquele pedido (cfr. fls. 36-39).

Os requerentes juntaram novos elementos em 10-09-1993 (cfr. fls. 40).

A Câmara considerou serem estes insuficientes (cfr. fls 41 - ofício de 08-11-1993) e informou os requerentes sobre os dias e horários de atendimento público municipal.

Os requerentes solicitaram que lhes fosse mandado informar quais as falhas instrutórias do processo (cfr. fls. 42).

Este pedido (de 15-11-1993) foi respondido em 13-01-1994 (cfr. fls. 43), tendo os requerentes enviado em 4-04-1994 os elementos em falta.

São informados em 9-05-1994 que o processo fora enviado à Direcção Regional do Ordenamento do Território (fls. 45).

Em 10.11.1994 é-lhes remetida cópia do parecer da Comissão de Coordenação da Região do Norte (vd. ofício camarário de fls. 47).

O parecer (homologado em 20-07-1994) é desfavorável, com invocação do destino agrícola dos terrenos e do disposto no Decreto-Lei n.º 124/73 (vd. fls. 48).

O pedido de viabilidade de loteamento foi indeferido, por despacho de 29-12-1994, com base no citado parecer, o que foi comunicado aos requerentes em 11-01-1995 (cfr. fls. 49)

D. Reclamação

Os requerentes apresentam reclamação em 23-01-1995 (cujo teor se desconhece), insistindo por resposta. A Câmara Municipal de Gondomar responde nos termos do ofício n.º 13333, de 14-06-1996 (cfr. fls. 61-62).

Nesse ofício é referido o parecer do Senhor Chefe de Divisão de Planeamentos, Estudos e Projectos da Câmara Municipal de Gondomar, datado de 8-11-1995, nos termos do qual o projecto de loteamento não pode ser aprovado, por desconformidade com o Plano Director Municipal de Gondomar.

D. Pedido de deferimento tácito do licenciamento

Na sequência da resposta camarária, os requerentes vêm solicitar o deferimento tácito do pedido de licenciamento de loteamento formulado em 1992 (cfr. fls. 63-64), dado o período de tempo que decorreu entre a emissão do parecer da DGOT e a sua comunicação aos requerentes.

3. O pedido de intervenção a este Órgão do Estado tem em vista o reconhecimento do deferimento tácito do pedido de licenciamento do loteamento em causa ou, em alternativa, o deferimento expresso do mesmo pedido (cfr. fls. 4). Não obstante, é igualmente requerido que seja esclarecida a ocorrência de algum erro de interpretação, por parte dos reclamantes, quanto ao deferimento tácito e ao papel dos interessados no procedimento camarário de licenciamento de operações de loteamento.

4. Vejamos se tal é possível.

5. É certo que o deferimento tácito do licenciamento ocorre quando decorridos os prazos legais de decisão (cfr. art. 67º, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro). Cumpre analisar em que termos o mesmo poderia vir a ser invocado no presente caso.

6. Desde logo, não parece merecer censura a resposta camarária ao requerimento de 21-04-1992, indicando qual o procedimento a seguir, na medida em que um pedido de viabilidade de construção não se adequa ao licenciamento de um loteamento, pelo que improcede a reclamação quando considera que aquele requerimento deveria ter por resposta o indeferimento, com apreciação do fundo do pedido.

7. Quanto ao pedido reformulado em 10-09-1992, entendeu a Câmara Municipal, em 19-10-1992, solicitar elementos instrutórios aos requerentes, o que, pese embora dever ser feito nos quinze dias úteis seguintes ao requerimento, não tem relevância no presente caso.

8. Nos termos do art. 11º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, os requerentes deveriam dispor de sessenta dias (hoje são apenas quarenta e cinco) para instruir devidamente o pedido formulado, sob pena de rejeição do pedido, prazo que se mostra largamente ultrapassado quando juntam os elementos ao processo em 8-11-1993.

9.O confronto dos elementos trazidos ao processo com os solicitados pela Câmara mostra que se mantém a imperfeição do requerimento, pelo que a Câmara sugere aos reclamantes que se informem junto dos serviços camarários de atendimento ao público e, na sequência de pedido dos requerentes, vem de novo especificar quais os elementos em falta.

10. Na medida em que a Câmara Municipal, não obstante a relativa demora na resposta (a última data de 13-01-1994), se limita a repetir o que fora, cerca de um ano antes, informado aos requerentes (não solicita novos elementos instrutórios), considero não dever ser aqui ponderada a reclamada demora. Certo também que a solicitação camarária apenas foi atendida em 9-04-1994.

11. Devidamente instruído o pedido (desde a citada data de 9-04-1994), os prazos assumem diversa relevância. Assim, a Câmara dispunha de trinta dias para promover a consulta às entidades e estas deveriam pronunciar-se em sessenta dias (cfr. art. 12º, ex vi art. 40º, e art. 42º, n.º 2º, do citado Decreto-Lei n.º 448/91). A deliberação camarária deveria ser tomada no prazo de noventa dias (art. 44º). Todos estes prazos suspendem-se aos sábados, domingos e feriados, nos termos do art. 72º do Código do Procedimento Administrativo e mostram-se hoje reduzidos, por força das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro.

12. A Câmara requereu o parecer à Direcção Regional do Ordenamento do Território em 9-05-94 e o parecer (desfavorável) de 5-07-1994 é homologado em 20-07-1994, dentro dos prazos estabelecidos.

13. O teor do parecer é dado a conhecer aos requerentes em 10-11-1994, sendo o pedido decidido em 29-12-1994. Reconhece-se que o acto de indeferimento (de 29-12-1994, com notificação aos requerentes em 11-01-1995) é extemporâneo, decorridos os noventa dias para a deliberação final.

14. Contudo, não parece possível vir a invocar com sucesso o deferimento tácito do pedido de loteamento ou o seu deferimento expresso, revogando-se o acto que indeferiu o pedido.

15. Quanto ao primeiro aspecto da questão, atente-se no seguinte:

16. Mesmo que se pondere a ocorrência de acto tácito de deferimento, o acto expresso de indeferimento pode ser considerado o acto revogatório do primeiro e válido enquanto produzido no prazo de um ano, com fundamento na ilegalidade.

17. Isto porquanto o indeferimento do pedido, pese embora não revogar expressamente acto de deferimento tácito que se haja formado, funda-se em parecer desfavorável da Direcção Regional do Ordenamento do Território (Comissão de Coordenação da Região Norte), sendo este vinculativo nos termos do art. 40º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro e aquele indeferimento reportado ao que se dispõe no art. 13º, n.º 2, alínea c), ex vi art. 44º, n.º 2, do mesmo diploma.

18. Poderá ainda não se considerar a hipótese de revogação do acto tácito de

deferimento. No entanto, tal não vai igualmente ao encontro da pretensão dos requerentes. O acto de deferimento da operação de loteamento pretendida conta com dois óbices legais, cominando a lei a sua nulidade (e, daí, a sua irrevogabilidade).

19. Em primeiro lugar, a deliberação camarária que se afastasse de parecer desfavorável vinculativo seria nula, conforme prescrevia o art. 56º, n.º 1, alínea a), do citado Decreto-Lei n.º 448/91, o que, no presente caso, significa que o deferimento tácito ou expresso do pedido de aprovação do loteamento seria um acto nulo e de nenhum efeito, podendo a nulidade vir a ser invocada e declarada a qualquer tempo. Esta asserção não é prejudicada pelo facto de desde a entrada em vigor da Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto a desconformidade com parecer vinculativo determinar não já a nulidade, mas a anulabilidade do acto de licenciamento, pois este novo regime não se aplica a situações pretéritas.

20. Em segundo lugar, e na medida em que a DROT invoca no seu parecer o Decreto-Lei n.º 124/73 (de 24 de Março), o qual aprovou o Plano Geral de Urbanização do Porto (com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 14/88, de 16 de Janeiro), e pese embora a deficiente fundamentação do parecer - o que, dado o decurso do tempo, não poderá agora vir a ser invocado - a deliberação camarária não poderia contender com as disposições do instrumento de planeamento territorial em causa, sob pena de nulidade (cfr. formulação originária do art. 56º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, correspondente ao actual n.º 2 do mesmo preceito).

21. A isto acresce o facto de se mostrar extemporânea a invocação do deferimento tácito, porquanto a Câmara já decidiu expressamente o pedido, não reconhecendo a existência de deferimento tácito e a acção judicial prevista na lei para o efeito deveria ter sido interposta no prazo de seis meses contados da data de conhecimento do facto que lhe serve de fundamento (art. 68º, n.º 9, do Decreto-Lei n.º 448/91), pese embora ter sido revogado este preceito, aquando das alterações introduzidas pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto, não se prevendo actualmente prazo para a interposição da acção para o reconhecimento de direitos em caso de deferimento tácito.

22. Quanto ao segundo aspecto da questão - o deferimento expresso do pedido, revogando-se o acto de indeferimento reclamado - parece-me não ser possível satisfazer a pretensão dos requerentes, pois há que contar com a publicação e entrada em vigor do Plano Director Municipal de Gondomar, entretanto aprovado e ratificado (Resolução de Conselho de Ministros n.º 48/95, in DR de 18-05-1995).

23. O plano municipal em causa classifica a zona como Área Agrícola Não Incluída na RAN, dentro da categoria mais vasta dos Espaços Não Urbanizáveis, não sendo permitidas operações de loteamento no local (cfr. fls. 55-59 deste processo).

24. O deferimento actual da pretensão dos requerentes consubstanciaria um acto nulo e de nenhum efeito, por violação de plano em vigor, por força do disposto no art. 56º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 448/91, com a redacção introduzida pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto.

25. A morosidade dos procedimentos, a falta de informação aos requerentes e as deficiências invocadas pelos mesmos ao nível do atendimento público municipal da Câmara Municipal de Gondomar, podem, eventualmente, fundar um juízo de censura ou reparo ao órgão autárquico, mas não se mostram motivos suficientes e idóneos para a alteração da decisão camarária, a qual, se atendesse a pretensão dos requerentes, seria inválida.

26. Note-se que, por uma sucessão de regimes aplicáveis, sempre se mostrou inviabilizada tal pretensão (seja por inclusão dos terrenos na RAN, seja, após a sua desafectação, por aplicação do Plano Geral de Urbanização da Região do Porto, seja hoje por desconformidade com o Plano Director Municipal de Gondomar).

27. Pelo que fica exposto, considero prejudicada a intervenção do provedor de justiça no presente caso, pois não pode este Órgão do Estado vir a recomendar a

produção de um acto inválido, como o seria o deferimento da operação de loteamento em causa.

28. O que submeto à consideração superior.

R-431/97

Assunto: Urbanismo e obras. Loteamento. Licença de construção

Objecto: Indeferimento de pedido de alteração de pormenor de alvará de loteamento (ao abrigo do disposto no art. 36º, n.º 5, do Regime de Licenciamento Municipal das Operações de Loteamento e Obras de Urbanização, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro), com exigência de adopção de procedimento formal de alteração dos alvarás de loteamento, nos termos do art. 36º, n.ºs 1, 2 e 3, do mesmo diploma.

Decisão: A Câmara Municipal acatou a Recomendação do provedor de justiça no sentido da revogação do acto de indeferimento reclamado e sua substituição por acto praticado segundo adequada interpretação das normas legais em questão, aceitando tratar-se de procedimento simplificado de alteração dos alvarás de loteamento (alterações de pormenor), pelo que o processo foi arquivado.

Síntese:

1. Na sequência de queixa apresentada por requerente de aprovação de alteração de pormenor de alvará de loteamento, com vista a habilitar a construção de edifício no lote com destino turístico com 49 apartamentos em vez dos 51 previstos no alvará de loteamento para o lote em causa, foi questionada a Câmara Municipal de Castro Marim sobre as razões de facto e de direito que baseavam a exigência de instrução do pedido de alteração com comprovativo da obtenção de autorização de dois terços dos proprietários dos lotes, edifícios e construções, seguindo-se o procedimento previsto nos três primeiros números do art. 36º, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, indeferindo a pretensão de aprovação simples da alteração, como alteração de pormenor.

2. Apurou-se que os fundamentos da decisão camarária se baseavam em interpretação errónea das pertinentes disposições legais, impedindo a aplicação das regras de um procedimento simplificado, o qual se tinha por adequado à situação vertente e exigindo um procedimento qualificado que o legislador pretendeu afastar das alterações mais simples.

3. Concluindo-se pela ilegalidade do acto praticado, por se considerar a ocorrência de desvio de procedimento e por não se advogar regra de interpretação que obrigue à interpretação restritiva de norma excepcional, sobretudo quando daí resulte um sentido irrazoável e não consentâneo com o espírito da lei, foi formulada Recomendação com vista à revogação do acto de indeferimento em causa.

4. A Recomendação foi acatada, tendo a Câmara Municipal de Castro Marim deferido o pedido de aprovação da alteração de pormenor pretendida, o que determinou o arquivamento do processo aberto na Provedoria de Justiça.

R-2183/98

Assunto: Direitos fundamentais. Estrangeiros. Autorização de residência.

Objecto: limitação da liberdade de deslocação ao exterior de estrangeiros residentes em Portugal, devido ao atraso na renovação das suas autorizações de residência.

Decisão: Foi determinado o arquivamento do processo, depois de obtida a renovação das autorizações de residência em causa.

Síntese:

1. Duas cidadãs chinesas residentes em Portugal, mãe e filha, pediram ao provedor de justiça para intervir no procedimento de renovação das suas autorizações de residência, prestes a caducar, uma vez que necessitavam de se deslocar ao estrangeiro, para estarem presentes em acto familiar, e não tinham qualquer garantia de poder regressar a Portugal caso não tivessem autorizações de residência válidas.

2. Contactado o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, foi apurado que a renovação de autorização de residência da mãe se encontrava dependente do desfecho de processo criminal em que a mesma fora constituída arguida. No caso da filha, a instrução do processo aguardava a comprovação da frequência de estabelecimento de ensino em Portugal.

Foram efectuadas diligências pelo provedor de justiça junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, no sentido de ser garantida a reentrada das interessadas em Portugal, por se entender não poder a mera suspeita de factos determinantes da recusa de renovação de autorização limitar, em termos absolutos, a liberdade de deslocação de requerentes cujos pedidos de renovação da autorização de residência foram tempestivamente apresentados.

3. Em resultado destas diligências, as autorizações de residência das requerentes foram renovadas em tempo útil, garantindo-se, assim, as pretensões das reclamantes.

2.1.3. Pedidos de Fiscalização da Constitucionalidade

Ao
Meritíssimo Conselheiro Presidente do Tribunal Constitucional

3530/96

O provedor de justiça, no exercício do poder que lhe é conferido pelo art. 281º, n.º 2, al. d), da Constituição, reproduzido no art. 20º, n.º 3, do seu Estatuto, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, requer ao Tribunal Constitucional, em cumprimento do disposto no art. 51º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 4º do 0Decreto-Lei n.º 98/96, de 19 de Julho, por enetender violarem as mesmas o disposto no art. 56º, n.º 2, al. b), da Constituição, nos termos e com os fundamentos seguintes:

I

O Objecto do Pedido

1º O Decreto-Lei n.º 98/96, de 19 de Julho, estabelece um regime transitório de recrutamento e provimento para o pessoal dirigente e para a categoria de inspector de 2ª classe do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF).

2º O art. 4º, n.º 1, do citado diploma legal, permite o recrutamento excepcional, para a categoria de inspector de 2ª classe do SEF, durante um período transitório de dois anos, de entre inspectores-adjuntos da mesma carreira detentores de licenciatura adequada, mediante concurso, cujas regras específicas se encontram estabelecidas nos n.ºs 2 a 4 do mesmo artigo.

3º Nos termos do n.º 5 do referido art. 4º, o tempo de serviço na categoria de inspector de 2ª classe do pessoal recrutado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 98/96 é contado a partir da data da aceitação da nomeação ou da posse naquela categoria.

4º Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 108/97, de 8 de Maio, veio reestruturar a carreira do pessoal de investigação e fiscalização do SEF, integrando os inspectores de 2ª classe na categoria de inspector (art. 2º), mas não afectando o regime jurídico especial de recrutamento e provimento estabelecido pelo art. 4º do Decreto-Lei n.º

98/96.

II
A Falta de Participação das Associações Sindicais na Elaboração Da Legislação Laboral em Causa

5º A Constituição inclui, no elenco dos direitos das associações sindicais previsto pelo art. 56º, o direito de participação na elaboração de legislação do trabalho (n.º 2, al. b]).

6º O direito de participar na elaboração de legislação do trabalho assiste a todas as associações sindicais, incluindo aquelas que representam trabalhadores da Administração Pública. Conforme se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 451/87, "a Constituição, ao garantir o direito de associação sindical, não distinguia - como não distingue - entre os trabalhadores da Administração Pública e os restantes trabalhadores, pelo que aqueles não podiam ver esse direito arbitrariamente restringido, não se descortinando, aliás, em que medida qualquer interesse público constitucionalmente protegido poderia constituir fundamento válido para impedir a participação das associações sindicais representativas daqueles trabalhadores na elaboração da respectiva "legislação do trabalho"" (DR, 1ª série, 14.12.87).

7º Este direito de participação na elaboração de legislação do trabalho implica a possibilidade de intervir directa e efectivamente no procedimento legislativo quando este verse sobre matérias laborais, cabendo ao órgão legislativo em cada caso desencadear o procedimento de consulta, dando conhecimento às associações sindicais do projecto de diploma legal e tomando nota da posição que estas venham a assumir em face das soluções que lhes sejam apresentadas (cfr. NADIR PALHA BICÓ, O direito de participação das comissões de trabalhadores e das associações sindicais na legislação do trabalho, Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993, p. 202).

9º Embora a Constituição não defina o que seja legislação do trabalho, a jurisprudência constitucional elaborou, a partir da densificação efectuada pelo art. 2ºda Lei n.º 16/79, de 26 de Maio, uma noção compreensiva: nela cabe "tudo o que respeite a regulamentação de relações individuais e colectivas de trabalho e dos direitos dos trabalhadores, quer na vertente atribuidora de "direitos, liberdades e garantias", quer na vertente de "direitos económicos, sociais e culturais"" (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 430/93, DR, 1ª série, 22.10.1993).

10º Assim sendo, o regime jurídico definido pelo art. 4º do Decreto-Lei n.º 98/96, de 19 de Julho, ao versar sobre o recrutamento, provimento e contagem do

tempo de serviço dos inspectores do SEF, nos termos que vimos atrás, não poderá deixar de ser qualificado como legislação de trabalho da função pública.

11º Com efeito, as específicas regras que definem, ainda que a título transitório, as formas de acesso à referida categoria integram a regulação da respectiva relação jurídica de emprego público, ao identificarem o conjunto dos funcionários de onde serão recrutados aqueles que serão providos na categoria de inspector, e a forma como esse recrutamento se irá processar, bem como a determinação dos termos da contagem do tempo de serviço prestado na categoria.

12º O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 98/96 nada diz quanto à participação das associações sindicais na sua elaboração, pelo que se poderia presumir, no seguimento de jurisprudência constitucional uniforme (cfr., por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 451/87, já citado), que a sua audição não se concretizou.

13º Mesmo assim, foi formulado pedido de esclarecimentos ao Ministério da Administração Interna, tendo sido recebido em resposta o ofício cuja cópia autenticada se anexa, no qual se refere terem sido ouvidos, no procedimento legislativo concernente ao Decreto-Lei n.º 98/96, o SINSEF - Sindicato dos Funcionários do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, e o Sindicato da Carreira de Investigação e Fiscalização - SEF.

14º Ora, o direito de participação na elaboração de legislação do trabalho "é reconhecido às associações sindicais sem qualquer qualificação. Assim sendo, e porque, além de existirem inúmeras associações sindicais, há também associações sindicais de grau diverso (sindicatos, federações, uniões de sindicatos, etc.), este específico direito poderá ser exercido universalmente por todas e cada uma dessas organizações de trabalhadores" (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 93/92, in DR, 1ª série, 28.05.92, p. 2567).

15º Haverá, então, para cumprir o dever de audição dos organismos representativos dos trabalhadores, que ouvir as organizações sindicais que potencialmente agrupem aqueles a quem a legislação se destina (cfr., neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 362/94, in DR, 1ª série, 15.06.94).

16º Contra isto não será admissível argumentar que a audição se pode limitar à associação ou associações sindicais consideradas mais representativas. Conforme referiu o Tribunal Constitucional no já citado Acórdão n.º 93/92, "a vocação daquele direito constitucional é de ordem geral e universal, dirigindo-se a todas as associações sindicais representativas de trabalhadores interessados no processo e não apenas a

algumas delas, como aliás logo se extrai do próprio normativo constitucional, que se reporta a direitos das associações sindicais, e não já a direitos das associações sindicais mais representativas, ou de certas e determinadas associações sindicais".

17º No caso vertente, não participou na elaboração do Decreto-Lei n.º 98/96 pelo menos o Sindicato dos Quadros Técnicos do Estado, associação sindical que conta entre os seus membros com funcionários do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, e se apresentava como potencialmente interessada no procedimento legislativo em causa.

18º Do exposto pode concluir-se que as normas constantes do art. 4º do Decreto-Lei n.º 98/96, de 19 de Julho, enfermam de inconstitucionalidade, por não ter sido observada na sua elaboração a exigência contida no art. 56º, n.º 2, al . b), da Constituição.

Termos em que se requer a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade das normas contidas no art. 4º do Decreto-Lei n.º 98/96, de 19 de Julho, para os efeitos previstos no art. 282º, n.º 1, da Constituição, porquanto viola o art. 56º, n.º 2, al. b), da Constituição.

2.2.

Assuntos financeiros; economia e emprego; direitos dos consumidores

2.2.1. Recomendações

Ao
Exmº Senhor
Director-Geral dos Impostos

R-1480/91
Rec. n.º 2/A/98
1998.01.28

No âmbito de processo aberto na Provedoria de Justiça com base em queixa de um cidadão versando sobre o tema em epígrafe, foram comunicados a este órgão do Estado os fundamentos da posição adoptada pela DGCI quanto aos encargos suportados com quotizações para organizações que prestam serviços médicos aos respectivos associados.

No caso em apreço, tratava-se da organização designada "Anjos da Noite - Serviços médico-nocturnos, Lda.", tendo sido remetida à Provedoria de Justiça, a este respeito, a informação n.º IRS-1137/95, procº 402/91, da DSIRS.

Na douta informação em apreço, a recusa de aceitação, como despesas de saúde, dos encargos suportados com as quotizações para aquela instituição, é justificada pelo facto de tais quotizações não consubstanciarem nem um acto curativo, nem uma medida destinada a prevenir uma doença nem, por último, um serviço de reabilitação.

Distinguindo entre o pagamento da quota e o pagamento da prestação do serviço médico que aquela instituição efectua quando para tal é solicitada pelos respectivos associados ou por terceiros, tem a administração fiscal vindo a considerar que apenas a segunda (a contraprestação de um serviço médico concreto) é susceptível de abatimento ao rendimento do agregado familiar como despesa de saúde, ao abrigo do disposto no artigo 55º, n.º 1, alínea a), do Código do IRS, enquanto que o pagamento da quota, por não ter subjacente qualquer acto médico curativo, preventivo ou de reabilitação, ficaria de fora da previsão legal constante da mesma disposição legal (cfr. pontos 14. A 17. da informação IRS-1137/95, supra mencionada).

Ocorre que, no caso concreto da sociedade "Anjos da Noite - Serviços médico-nocturnos, Lda.", o pagamento da quota (actualmente no valor de 1.300$00 mensais) dispensa o associado do pagamento de qualquer outro valor a título de

contraprestação pelo serviço médico que lhe seja prestado pelos respectivos médicos, quer tal serviço seja prestado ao domicílio, quer seja prestado nas instalações da referida instituição.

Pelo contrário, se os mesmos serviços médicos forem prestados a não sócios, será cobrada uma contraprestação pela prestação de tais serviços, de valor que actualmente se situa nos 8.000$00, para serviços prestados até à meia-noite, e nos 10.000$00, para serviços prestados a partir daquela hora.

Temos, pois, que da aplicação da doutrina até agora perfilhada pela DGCI acerca deste assunto resulta que o cidadão que efectua o pagamento da quota mensal para a organização "Anjos da Noite - Serviços médico-nocturnos, L.da.", ainda que seja assistido pelos respectivos médicos várias vezes por ano, não poderá nunca apresentar qualquer valor a título de despesas de saúde relacionadas com tal assistência, enquanto que o cidadão não associado - obrigado, por isso, a efectuar o pagamento das consultas à medida que vai recorrendo aos serviços dos médicos daquela instituição - poderá inscrever na sua declaração de IRS, a título de despesas de saúde, o valor despendido como contrapartida da prestação dos mesmos serviços e com o objectivo de protecção do mesmo bem: a saúde.

É por crer que as desigualdades e injustiças decorrentes desta interpretação e aplicação do conceito de despesas de saúde podem ser evitadas, que me dirijo agora a V. Exª.

No caso da instituição acima mencionada, o pagamento da quota apresenta-se como um encargo directamente ligado à prestação de serviços médicos concretos, já que dispensa o associado do pagamento de qualquer outra contraprestação relativamente aos actos médicos de que venha a beneficiar.

Por outro lado, o principal - senão único - objectivo subjacente ao pagamento da quota, é assegurar a prestação de serviços médicos por um preço fixo, sem que do seu pagamento advenham quaisquer outros benefícios ou vantagens.

Não pode, pois, deixar de concluir-se que, ao efectuar o pagamento da quota, o associado da organização "Anjos da Noite - Serviços médico-nocturnos, L.da.", está, no fundo, a efectuar o pagamento de um acto médico, ao qual não corresponderá qualquer outra contraprestação para além da realizada mediante o pagamento da quota. O mesmo é dizer que, ao receber do associado o valor da quota, a referida organização mais não faz do que cobrar um valor fixo pela realização - ainda que eventual - de um ou mais actos médicos.

Mas é ainda possível ir um pouco mais longe. Conforme já foi sobejamente afirmado, no caso concreto da associação "Anjos da Noite - Serviços médico-

nocturnos, L.da.", o pagamento da quota dispensa o associado do pagamento de qualquer outro valor a título de contrapartida pela prestação de cuidados médicos.

Porém, ainda que assim não seja (isto é, mesmo que, para além da quota, o associado seja obrigado a efectuar o pagamento - total ou parcial - de cada acto médico de que venha a beneficiar), desde que o pagamento da quota se apresente como condição essencial à obtenção dos serviços prestados pela instituição que a cobra, sempre será inegável a estreita conexão entre o pagamento dessa quota e a obtenção dos cuidados médicos que o associado quer garantir, pelo que também os encargos com o pagamento deste tipo de quotas devem ser considerados despesas de saúde.

Pela estreita ligação a este último caso, cabe aqui mencionar algumas considerações tecidas numa outra informação da Direcção de Serviços do IRS, à qual foi atribuído o n.º IRS-787/91, proc. n.º 402, E.G. n.º 8324/91 e que foi sancionada por despacho de 91.10.11, do Exmº Subdirector-Geral.

Muito embora tal informação tenha sido elaborada com o objectivo de apreciar os exactos termos em que os encargos com tratamentos ministrados em estabelecimentos termais seriam de considerar despesas de saúde para efeitos de IRS, as conclusões alcançadas acerca do assunto partiram de uma análise prévia do conceito de "despesas de saúde", relevante para o caso vertente. Aí se afirma que:

> " ... o conceito indeterminado de "despesas de saúde" abarca todas as importâncias directamente decorrentes da obtenção de cuidados no âmbito da medicina preventiva, curativa e de reabilitação, bem assim como as resultantes de actos conexos que se revelem indissociáveis da fruição desses benefícios." (sublinhado meu).

É este mesmo critério de conexão e indissociabilidade que permite - e bem - que os encargos com deslocações, por exemplo, sejam também considerados, em determinados casos, despesas de saúde.

Da aplicação do mesmo critério ao caso em apreço, resulta que o pagamento de quotas não pode deixar de ser considerado despesa de saúde sempre que essas quotas sejam condição essencial à obtenção dos cuidados médicos que o associado quer garantir, por ser manifesta, neste caso, a conexão existente entre o pagamento da quota e a obtenção dos cuidados de saúde prestados pelos profissionais da associação que recebe o valor da quota.

Dito de outra forma, e recorrendo à terminologia da informação supra citada,

parece-me não haver dúvidas quanto ao facto de o pagamento da quota consubstanciar um acto conexo e indissociável da fruição dos cuidados médicos que o cidadão quer assegurar.

A não aceitação destes encargos como despesas de saúde não poderá, tão pouco, ser fundamentada por preocupações de prevenção e combate da evasão fiscal.

Concordo, evidentemente, com a importância de prevenir e combater a evasão fiscal, conhecidos que são os seus efeitos em termos de decréscimo da confiança dos cidadãos no sistema fiscal e de criação de situações de desigualdade entre os contribuintes.

Creio, porém, que a prossecução de tal objectivo não pode ser sinónimo de interpretação restritiva de normas como a agora em apreço, nem, tão pouco, de excessiva rigidez na definição de conceitos legais.

A prevenção e o combate de situações de evasão fiscal concretizar-se-ão com menor risco de criação de desigualdades e injustiças, se forem antes privilegiadas as acções de fiscalização destinadas a apurar se as despesas declaradas pelos contribuintes decorreram, efectivamente, da satisfação de necessidades do tipo das que o legislador considerou merecedoras de protecção.

Essencial será, no caso em apreço, apurar se o abatimento das despesas decorrentes do pagamento de quotas para instituições que prestam serviços médicos consubstancia, ou não, um aproveitamento indevido ou abusivo da norma que prevê a possibilidade de abatimento das despesas de saúde do sujeito passivo e do seu agregado familiar. Ou seja, importa aferir se o abatimento destas despesas desvirtua, de alguma forma, o espírito da norma constante do artigo 55º, n.º 1, alínea a), do CIRS.

A resposta não pode deixar de ser negativa, já que o bem protegido através da realização de tais despesas - a saúde - é indiscutivelmente aquele cuja protecção levou a que fosse introduzida, no Código do IRS, a norma constante do seu artigo 55º, n.º 1, alínea a).

Pelo exposto,

Recomendo

Que as quotas pagas a organizações que prestam serviços médicos aos seus associados sejam consideradas despesas de saúde, nos termos e com base nos fundamentos que seguidamente se resumem:

1. Nos casos em que o pagamento de quotas dispensa o sócio do pagamento de qualquer outra contraprestação relativamente aos actos médicos de que venha a

beneficiar (como acontece no âmbito da organização "Anjos da Noite - Serviços médico-nocturnos, L.da."), porque o pagamento de tais quotas consubstancia o pagamento do próprio acto médico, pelo que a sua relevância para efeitos fiscais deve ser equiparada à dos encargos suportados com o pagamento de qualquer outro acto médico concreto.

2. Nos casos em que o pagamento de quotas é condição essencial à obtenção dos cuidados médicos que o associado quer garantir (e ainda que, para além da quota, o associado seja obrigado a efectuar o pagamento - total ou parcial - de cada acto médico de que venha a beneficiar), porque a conexão e indissociabilidade entre o pagamento de tais quotas e a obtenção deste tipo de cuidados são manifestas, tendo plena aplicação o princípio, pacificamente aceite pela administração fiscal, de que as despesas resultantes de actos conexos que se revelem indissociáveis da fruição de benefícios do foro médico deverão ser consideradas despesas de saúde.

Recomendação acatada

Ao
Exmo Senhor
Presidente do Conselho de Administração
da TAP - Air Portugal, SA

R-787/94
Rec. n.º 3/A/98
1998.01.28

1. Foi apresentada na Provedoria de Justiça uma queixa colectiva assinada por um conjunto de antigos trabalhadores da Empresa que passaram à situação de pré-reforma durante o ano de 1992, e relativa ao montante de actualização das prestações de pré-reforma processado no ano de 1993, com reflexos, naturalmente, nas prestações pagas desde então e até à presente data.

2. Os acordos de pré-reforma assinados entre a TAP, SA e estes trabalhadores referem, na cláusula 3ª, que "Os valores ilíquidos mensais da prestação da pré-reforma, referidos na cláusula anterior são o correspondente ao valor da retribuição líquida que o 2º outorgante receberia se estivesse no activo, acrescidos dos valores de IRS e TSU aplicáveis nos termos legais".

3. Por sua vez, a cláusula seguinte dispõe que:

"A prestação de pré-reforma será actualizada anualmente de acordo com os

critérios da lei, em termos de continuar a ser garantido ao segundo outorgante um valor líquido apurado nos termos da cláusula 3ª".

4. A norma que regula esta matéria, o n.º 2 do art. 6º do Decreto-Lei n.º 261/91, de 25 de Julho, estatui que:

"salvo estipulação em contrário, constante do acordo de pré-reforma, a prestação referida no número anterior é actualizada anualmente em percentagem igual à do aumento de que o trabalhador beneficiaria se estivesse ao serviço ou, caso não exista, à taxa de inflação".

5. Os trabalhadores da TAP, SA que durante o ano de 1992 passaram à situação de pré-reforma aguardaram, durante o ano de 1993, a conclusão das negociações entre os Sindicatos e a Administração da Empresa no sentido de ser apurado, nos termos das disposições acima referidas, o valor do aumento das prestações de pré-reforma.

6. Contudo, durante o ano de 1993 o valor das remunerações dos trabalhadores da Empresa no activo manteve-se inalterável, ou seja, não foi objecto de qualquer aumento.

7. Nestes termos, e por aplicação do n.º 2 do art. 6º do Decreto-Lei n.º 261/91, de 25 de Julho, mediante remissão da cláusula 4ª do acordo de pré-reforma, as prestações de pré-reforma deviam ser actualizas no ano de 1993 com referência à taxa de inflação. Até aqui, quer a Administração da TAP, SA, quer os reclamantes que se dirigiram ao provedor de justiça, estão de acordo.

8. A divergência surge relativamente ao valor da taxa de inflação que deve ser tida em conta no cálculo do montante da actualização da pensão de pré-reforma: a taxa de inflação verificada no ano anterior, no caso, 8,9 % em 1992, conforme defendem os reclamantes, ou antes, e como pretende a Administração da Empresa, a taxa de inflação verificada nos meses do ano anterior desde a data em que foi assinado o acordo de pré-reforma (por exemplo, 0,4 % se foi assinado em Dezembro de 1992).

9. Sobre este assunto a Administração da TAP, SA já teve oportunidade de se pronunciar, argumentando, no que ao caso interessa (cfr. ofício n.º 1712, de 28.03.94, da Direcção-Geral de Pessoal), que "1. Estabelece o n.º 2 do art. 6º do Dec.Lei n.º 261/91 que, "salvo estipulação em contrário constante do acordo de pré-reforma",:

a) as prestações de pré-reforma inicialmente fixadas devem ser actualizadas anualmente, isto é, logo que decorrido um ano sobre a data do início da situação de pré-reforma (1ª actualização) ou sobre a data da actualização (2ª actualização e seguintes);

b) (....)

2. A aplicação literal e rigorosa destas regras conduziria a que a data de actualização e a respectiva percentagem fossem específicas de cada situação, podendo ocorrer que, com a proliferação de situações (diferentes), se viesse verificar todos os meses a necessidade de actualização de algumas prestações de pré-reforma.

3. Uma tal prática tinha manifestos inconvenientes, já porque implicava uma enorme carga administrativa, já porque potenciava falhas da mesma natureza.

4. Por isso, e apenas por isso, foi decidido referenciar as actualizações a uma data única para todos o conjunto de situações - o dia 1 de Janeiro de cada ano -, mas sempre com salvaguarda dos direitos legalmente conferidos aos pré-reformados, ou seja, a de nunca verem decorrido mais de um ano, sem que as suas prestações de pré-reforma sejam actualizadas de acordo com o critério legal.

5. O procedimento que se entendeu dever ser adoptado foi o seguinte:

a) quanto à primeira actualização fazê-la sempre com produção de efeitos ao dia 1 de Janeiro do ano imediatamente seguinte ao da passagem à situação de pré-reforma - mesmo que até àquela data (1 de Janeiro) ainda não tenha decorrido um ano (12 meses) sobre o início da situação de pré-reforma - e tomar em consideração todos os meses interdecorrentes, aplicando a percentagem de aumento dos salários do pessoal ao activo ou, caso este se não verifique, a taxa de inflação registada.

b) quanto à 2ª actualização e actualizações subsequentes, fazê-las sempre com produção de efeitos ao dia 1 de janeiro dos anos seguintes, tomando em consideração, para efeitos de determinação da percentagem a aplicar à última prestação de pré-reforma que vinha sendo paga, a existência ou não de aumento dos salários para o pessoal ao activo, nos precisos termos legalmente estabelecidos.

6. Dentro deste quadro é que, e reportando-nos aos trabalhadores da TAP passados à pré-reforma ao longo dos últimos dois anos (em número de 121) a Empresa actuou da seguinte forma:

- relativamente a uma situação de pré-reforma ocorrida em Agosto de 1992, a TAP procedeu à 1ª actualização da prestação inicial, com efeitos a um de Janeiro de 1993, aplicando a percentagem de 1,7 % (inflação acumulada de Agosto a Dezembro de 1992);

- relativamente a 120 situações de pré-reforma ocorridas no mês de Dezembro

de 1992, a TAP procedeu à 1ªactualização da prestação inicial, com efeitos também a 1 de Janeiro de 1993, a0plicando ao percentagem de 0,4 % (inflação registada em Dezembro de 1992).

- relativamente a todo este conjunto de 121 trabalhadores pré-reformados ao longo do ano de 1992, a TAP procedeu já à 2ª actualização, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1994, tomando em consideração a taxa de inflação de 6,5 % verificada no ano de 1993".

10. A interpretação feita pela Empresa do disposto no n.º 2 do art. 6º do Decreto-Lei n.º 261/91, de 25 de Julho, é melhor clarificada no ofício n.º 2273, de 03/05/94, dirigido à Provedoria de Justiça:

"2.2. Como do n.º 2 do art. 6 resulta, a entidade devedora da prestação pré-reforma, tem que, para efeitos de actualização desta - salva sempre disposição convencional em contrário - operar com dois factores: o factor da periodicidade e o factor da medida ou grau.

2.3. Quanto a este último factor (medida ou grau), a lei determina o seguinte: havendo aumento das remunerações do pessoal no activo, a prestação de pré-reforma deve ser actualizada em percentagem igual à desse aumento; não havendo aumento das remunerações do pessoal no activo, a prestação de pré-reforma deve ser actualizada mediante a aplicação de uma taxa igual à taxa de inflação.

2.4. Quanto ao primeiro factor (periodicidade da actualização) (...) entendeu, porém o legislador que o critério da actualização anual era o mais justo, e por isso o consagrou. Em seu juízo, o pré-reformado não deve estar mais de um ano sem ver a prestação de pré-reforma actualizada.

2.5. É assim também nosso entendimento que, fixada inicialmente por acordo, uma prestação de pré-reforma, ela deve ser revista decorrido um ano e, sucessivamente, em cada um dos anos seguintes. A percentagem desta actualização é igual à do aumento que o trabalhador beneficiaria se estivesse no activo, ou à taxa da inflação, caso não lhe corresponda qualquer aumento. Por lei, o que é igual é a percentagem a aplicar na actualização da prestação de pré-reforma; nada na lei aponta para que o aumento do pessoal no activo e a referida actualização da prestação de pré-reforma devam ter lugar na mesma data.

Por consequência, independentemente da altura em que o trabalhador teria sido aumentado se estivesse no activo, o valor da sua pré-reforma, salvo estipulação em contrário constante do respectivo acordo, só tem que ser actualizado em percentagem igual à daquele aumento, decorrido um ano sobre a data em que foi fixado. A lei não estabelece um paralelo necessário entre o estatuto remuneratório do

pré-reformado e o que o mesmo teria no activo, no sentido de uma coincidência temporal das respectivas evoluções.

2.6. Concluindo e em resumo: na falta de estipulação escrita em contrário, constante do acordo a que se refere o art. 4º do Dec. Lei n.º 261/91, a actualização da prestação de pré-reforma terá que ser feita logo que decorrido um ano (não antes) sobre a data de início a prestação inicial da pré-reforma (primeira actualização) ou sobre a data da actualização anterior (segunda actualização e seguintes). Antes de decorrido o período de um ano, nos termos acabados de explicitar, o trabalhador não está titulado no direito de exigir a actualização da prestação de pré-reforma".

11. A norma constante do n.º 2 do art. 6º do Decreto-Lei n.º 261/91, de 25 de Julho, é, como resulta claramente do seu texto, uma norma supletiva: só é aplicável na ausência de estipulação em contrário constante do acordo de pré-reforma. Importa, pois, antes do mais, interpretar os acordos celebrados entre a TAP e os seus trabalhadores, designadamente as suas cláusulas 3ª e 4ª.

12. Como já referi, existe consenso entre a Administração da TAP e os trabalhadores pré-reformados quanto a fazer dessas cláusulas, conjugadas com o n.º 2 do art. 6º do Decreto-Lei n.º 261/91, para o qual remete a primeira parte da cláusula 4ª, a interpretação de que a actualização das prestações dos pré-reformados deve ser igual à dos trabalhadores no activo ou, não havendo esta, à taxa de inflação.

13. Só não existe acordo quanto ao momento a partir do qual é devida essa actualização: enquanto que para a Administração ela só é devida um ano após a celebração do acordo de pré-reforma - sendo o seu pagamento a partir de 1 de Janeiro de cada ano devido exclusivamente a razões de índole prática, logística, com a consequência de nesse momento a Empresa ainda não estar obrigada à acualização total, mas apenas a uma actualização parcelar -, para os trabalhadores pré-reformados ela é devida a partir do momento a que se reporta ou reportaria a actualização dos trabalhadores do activo - pelo que a partir desse momento será devida a actualização total e não uma actualização meramente parcial.

14. Antes de mais, convirá salientar que, a ser correcta a interpretação da Administração, a prática seguida pela Empresa, ao antecipar as actualizações para 1 de Janeiro mas fazendo-as parcialmente, seria violadora dos acordos celebrados: dependendo das variações da taxa de inflação, os trabalhadores podem ser prejudicados por uma actualização, antecipada é certo, mas com valores mais baixos, e que se manterá em vigor durante um ano (não se procedendo a uma actualização

total em cada aniversário do acordo).

15. Mas não parece que a interpretação da Empresa seja a correcta. Na verdade, a parte final da cláusula 4ª dispõe que a actualização deve ser feita "em termos de continuar a ser garantido ao segundo outorgante um valor líquido apurado nos termos da cláusula 3ª". E esse valor líquido é o "que o 2º outorgante receberia se estivesse no activo" (cláusula 3ª).

16. Ora, a única maneira de garantir que o trabalhador pré-reformado aufira sempre, no mínimo, o mesmo que o trabalhador no activo é actualizar as respectivas prestações na mesma percentagem e na mesma altura - a não ser assim, é impossível garantir que, qualquer que seja o mês ou o período anual em concreto que se tome como referência, existirá essa coincidência.

17. Portanto, quer as actualizações sejam feitas na mesma altura mas por percentagens diferentes - que é a prática da TAP -, quer sejam feitas pela mesma percentagem mas em alturas diferentes - como seria coerente face à interpretação perfilhada pela Administração -, sempre será violada a parte final da cláusula 4ª dos acordos de pré-reforma.

18. A expressão "anualmente" utilizada na cláusula 4ª deve, pois, ser entendida, numa interpretação sistemática, no sentido de impor a actualização todos os anos e não no sentido de só permitir a actualização ao fim de um ano - o que, de qualquer maneira, repete-se, a Empresa também não faz.

19. Do exposto decorre que a única interpretação das cláusulas em questão que me parece aceitável é a de que os trabalhadores pré-reformados devem ver as suas prestações actualizadas na mesma percentagem e na mesma altura que os trabalhadores no activo. O que, na medida em que o "ano salarial" da TAP corresponde ao ano civil, quer dizer no dia 1 de Janeiro de cada ano.

20. A actualização das prestações de pré-reforma a que a TAP procede em cada dia 1 de Janeiro não pode, assim, ser vista como uma simples questão de facilidade burocrática, mas antes como uma verdadeira obrigação que lhe é imposta pelos acordos de pré-reforma.

21. Como decorre claramente do n.º 2 do art. 6º do Decreto-Lei n.º 261/91, a actualização pelo valor da inflação assume uma natureza de substituição em relação à actualização que normalmente decorrerá da actualização dos trabalhadores no activo. Vale isto por dizer que, chegado o momento de actualizar as prestações de pré-reforma - na TAP, 1 de Janeiro de cada ano, como se viu -, ou há actualização dos trabalhadores no activo, e a actualização dos pré-reformados será igual, ou não há, e nesse caso a actualização destes será a da taxa de inflação.

22. Saber qual a taxa de inflação que se deve considerar para o efeito é, manifestamente, uma questão de interpretação - designadamente teleológica - do n.º 2 do art. 6º do Decreto-Lei n.º 261/91, de 25 de Julho, para o qual remete a cláusula 4ª dos acordos de pré-reforma celebrados pela TAP.

23. Ora, colocada nestes termos, parece-me que a única resposta possível a essa questão é a de que a taxa de inflação a considerar é a do ano anterior.

24. Com efeito, parece ser pacífica a ideia de que o escopo prosseguido pela disposição legal em causa é o de, como incentivo à pré-aposentação, garantir que os pré-aposentados não verão diminuído o seu poder de compra, ainda que tal venha a acontecer aos trabalhadores no activo. Como instrumento normal para assegurar esse desiderato - e eventualmente permitir melhorias -, a lei confia em primeira linha na negociação colectiva. Mas, no caso de esta falhar, recorre ao critério da taxa de inflação.

25. E, a ser assim, como me parece, a única taxa de inflação que pode ser considerada é a taxa de inflação do ano anterior. Ser a prestação actualizada em 1 de Janeiro com base em parte da taxa de inflação do ano anterior não permite, como é claro, manter no novo ano o poder de compra do ano anterior.

26. Nesta perspectiva, a parte final da cláusula 4ª dos acordos de pré-reforma celebrados por essa Empresa deve, tendo em conta a primeira parte da mesma, ser interpretada como garantindo um mínimo, e não como impondo um máximo - aliás, quanto a este aspecto específico haverá consenso entre a Empresa e os trabalhadores pré-aposentados.

27. É minha opinião que o n.º 2 do art. 6º do Decreto-Lei n.º 261/91, de 25 de Julho, deve ser interpretado no mesmo sentido que atribuí às cláusulas 3ª e 4ª dos acordos de pré-reforma celebrados pela TAP: em matéria de actualização de prestações de pré-reforma deve vigorar um princípio de paridade com os trabalhadores do activo, quer quanto à percentagem quer quanto ao momento da actualização, substituindo-se a taxa de actualização dos trabalhadores no activo pela taxa de inflação do ano anterior no caso de não haver actualização para estes.

28. No entanto, mesmo que assim se não entenda, sendo essa disposição supletiva, como já tive ocasião de referir, sempre os acordos de pré-reforma celebrados pela TAP sobre ela prevalecerão.

29. Face a todo o exposto,

Recomendo

a V. Exa., ao abrigo do disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), do Estatuto do provedor de justiça (Lei n.º 9/91, de 9 de Abril), que a TAP, SA dê integral cumprimento às cláusulas dos acordos de pré-reforma celebrados com os seus trabalhadores, procedendo, com efeitos reportados a 1 de Janeiro de 1993, a um aumento das prestações de pré-reforma de todos os trabalhadores que celebraram acordos durante o ano de 1992 na percentagem de 8,9 % - valor da taxa de inflação registada naquele ano -, bem como a todas as correcções posteriores que este aumento implica.

30. Nos termos do disposto no n.º 2 do art. 38º da Lei n.º 9/91, solicito a V. Exa. que me comunique a posição do Conselho de Administração da TAP, SA relativamente a esta Recomendação.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

R-2105/98, R-2906/97, R-3281/97
R-4409/97, R-704/95
Rec. n.º 4/B/98

I
Breve Referência à Evolução do Assunto

Trago junto de Vossa Excelência o assunto da regularização da situação profissional das pessoas que se pretendem inscrever na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas, na sequência da aprovação do Decreto-Lei n.º 265/95, de 17 de Outubro, questão que tenho vindo a acompanhar desde 1995 e que tive já oportunidade de, pela primeira vez, colocar a Sua Excelência o Ministro das Finanças através da Recomendação n.º 75/A/97, de 4 de Dezembro, por via da qual se previa uma tomada de posição definitiva sobre as muitas reclamações que me têm sido apresentadas.

Neste contexto, e não tendo obtido o resultado esperado, entendi por conveniente formular segunda Recomendação, fazendo o indispensável aprofundamento do tema, e assim, em 31de Dezembro de 97, dirigi a Sua Excelência o Ministro das Finanças a Recomendação n.º 25/B/97.

Com o objectivo de tornar a exposição do assunto tão clara e concisa quanto possível, evitarei expender considerações idênticas às que teci anteriormente, permitindo-me, em vez disso, apresentar a Vossa Excelência cópias das Recomendações aludidas (Docs. n.ºs 1 e 2), textos que explicitam a posição tomada pelo Provedor de Justiça, e, bem assim, do teor da resposta a essas Recomendações (Doc. n.º 3).

II
Exposição de Motivos

O motivo da presente Recomendação, que dirijo a Vossa Excelência ao abrigo do disposto no art. 20º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, prende-se com o conteúdo da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho.

Para além do acima exposto e do que resulta dos documentos em anexo,

impõe-se acrescentar algumas considerações que me parecem necessárias a respeito do teor dessa Lei recentemente publicada.

Em primeiro lugar, a inexistência de realização de exame adequado, bem como a possibilidade de inscrição automática nos exactos termos em que se encontra formulada no seu artº 2º, concedem uma abertura manifestamente excessiva à inscrição na Associação dos Técnicos Oficiais de Contas (ATOC), não contribuindo, deste modo, para garantir a necessária idoneidade e qualidade do exercício da profissão.

Na verdade, e como é fácil de verificar, praticamente a totalidade das pessoas que venham a invocar que se encontram actualmente em funções pode inscrever-se na referida Associação, situação esta que, conforme foi já sublinhado pelo Gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, "(...) geraria novos casos de injustiça".

Acresce que, sendo o prazo de 15 dias manifestamente insuficiente para a ATOC proceder à verificação dos pedidos apresentados - verificação que impõe, desde logo, a colaboração dos serviços da Administração Fiscal -, no limite, mesmo qualquer pessoa que nunca tenha exercido, ou sequer pensado em exercer, a actividade de técnico oficial de contas poderá, pela via tácita prevista no art. 2º, vir a inscrever-se na Associação.

Por último, a redacção do art. 1º da Lei não é clara, tocantemente ao que se entende por responsável directo por contabilidade organizada "durante três anos seguidos ou interpolados, individualmente ou sob a forma de sociedade".

Com efeito, a Lei em questão não fornece elementos suficientes para que o intérprete possa, de entre todas as pessoas que trabalham nas referidas sociedades, individualizar os aludidos profissionais, únicos que deverão poder inscrever-se na ATOC, nem, tão pouco, explicita como deverá ser efectuada a demonstração da forma societária aí referida.

Resumindo a situação, diria que, das variadas queixas que me foram dirigidas, de todos os quadrantes envolvidos no processo, resulta com clareza que aos excessos do Decreto-Lei n.º 263/95, de 17 de Outubro, que não tinha suficientemente em conta os interesses das pessoas que vinham na prática a exercer a actividade de técnico oficial de contas, se vieram contrapor os excessos da Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, que por sua vez não tem suficientemente em consideração a necessidade de salvaguardar um mínimo de idoneidade e qualidade no exercício dessa actividade.

E a resolução do problema só será possível com uma posição de justo equilíbrio, na linha do que venho defendendo nas minhas Recomendações sobre o

assunto, e que, tendo em conta as audições a que procedi, me parece susceptível de obter o acordo das partes em litígio.

III
Conclusões:

Na certeza de que Vossa Excelência não deixará de ponderar devidamente o que ficou exposto,

Recomendo

ao abrigo do disposto na alínea b), do n.º 1, do art 20º, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que seja reequacionado o regime previsto na Lei n.º 27/98, de 3 de Junho, e designadamente que:

A) Seja tido em consideração o teor da Recomendação n.º 25/B/97, por mim formulada em 31.12.97, a qual reúne, no essencial, o consenso das partes em confronto, devendo, em consequência, ponderar-se a realização de exame com condições adequadas de isenção, transparência e recurso, e passando a inscrição na Associação, basicamente, pela obtenção de aprovação em tal exame;

B) Seja reponderada a questão do prazo constante do art. 2º da Lei, quer na perspectiva da verificação dos pressupostos da sujeição a exame, como defendo, quer na perspectiva da inscrição automática na ATOC, estabelecendo-se, pelo menos, um prazo razoável para apreciação dos processos de candidatura, que penso adequado situar entre 30 e 60 dias, e que possibilite atestar a autenticidade dos documentos apresentados, o que se torna impossível no prazo de 15 dias fixado na Lei;

C) Seja explicitada a redacção do artº.1º da Lei, designadamente no que se refere à identificação das pessoas abrangidas pela forma societária aí referida.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro das Finanças

R-152/94
Rec. n.º 46/A/98

I
Os Factos

Uma contribuinte adquiriu, por escritura lavrada no Cartório Notarial de Águeda, em 20 de Abril de 1989, 1/6 do prédio inscrito na matriz predial urbana da freguesia da Trofa sob o artigo..., tendo beneficiado, à data, de isenção de Sisa, ao abrigo do disposto no artigo 11º, n.º 22, do Código do Imposto Municipal de Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações (CIMSISSD), conforme menção constante da própria escritura (doc. n.º 1, anexo).

Através de ofício datado de 21 de Dezembro de 1993, da Repartição de Finanças de Águeda, porém, foi a adquirente notificada de que deveria efectuar o pagamento de Sisa na importância de 400.000$00, relativamente a esta aquisição, "porquanto a transmissão isolada de parte indivisa de prédio urbano habitacional não se enquadra no âmbito de tal isenção [a do artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD], conforme esclarece a Circular n.º 10/89, de 5 de Junho da DGCI...".

1 - Os factos segundo a contribuinte:

Alega a contribuinte que, previamente à celebração da escritura e por ser titular de conta poupança-emigrante, solicitou informações verbais junto da Repartição de Finanças de Águeda acerca das diligências que deveria realizar com vista a beneficiar, nesta aquisição, da isenção de Sisa a que teria direito por força do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, expressamente mantido em vigor pelo artigo 21º, do Decreto-Lei n.º 140-A/86, de 14 de Junho (regulamenta a conta poupança-emigrante).

Ainda segundo a interessada, as informações que lhe foram prestadas terão sido no sentido de lhe ser aplicável a isenção de Sisa prevista no artigo 11º, n.º 22º, do CIMSISSD, já que o valor da aquisição era inferior ao mínimo de isenção ali previsto.

Perante esta informação, e tendo constatado que a isenção prevista no mencionado artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD, se revelava de concretização mais simples e mais célere do que aquela a que teria direito caso optasse por mobilizar o saldo da conta poupança-emigrante, procedeu a interessada à marcação e realização da escritura, sempre com a certeza de que lhe seria aplicável a isenção prevista na supra mencionada disposição do CIMSISSD.

Tal certeza resultaria confirmada no próprio acto de celebração da escritura, já que da mesma consta a menção expressa da isenção em causa, pelo que discorda a interessada desta liquidação de Sisa que veio posteriormente a ser efectuada e cujo pagamento se viu forçada a efectuar em 13 de Maio de 1994.

2 - Os factos segundo a notária do Cartório Notarial de Águeda:

Para melhor esclarecimento dos exactos termos em que a referida menção de

isenção fora introduzida na escritura, solicitou este órgão do Estado a colaboração da notária interveniente na mesma, até porque a contribuinte alegava, na sua queixa, que a própria notária havia contactado telefonicamente a Repartição de Finanças, a fim de confirmar que a transmissão se encontrava isenta nos termos do artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD.

Do teor da informação prestada pela Exmª notária do Cartório Notarial de Águeda se junta também cópia (doc. n.º 2).

Conforme Vossa Excelência poderá constatar, a descrição dos factos constante desta informação é em tudo idêntica à descrição da Reclamante, acima resumida, tendo a Exmª notária confirmado que, em contacto telefónico com a Repartição de Finanças, efectuado na presença da contribuinte, obteve informação idêntica à que já a esta fora facultada, isto é, no sentido de a transmissão beneficiar de isenção de Sisa independentemente da movimentação da conta poupança-emigrante, já que sempre cairia no âmbito da previsão constante do artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD.

3 - Os factos segundo a Repartição de Finanças de Águeda:

Questionada a Repartição de Finanças acerca da questão em apreço, viria a ser facultada à Provedoria de Justiça a resposta de que se anexa cópia (doc. n.º 3).

Considera o Chefe da Repartição de Finanças de Águeda que "... quanto à alegada informação prestada ao Cartório Notarial de Águeda e à contribuinte de que a transacção em causa se encontrava isenta de sisa, afigura-se-nos que dificilmente tal informação seria prestada, tendo em consideração o entendimento perfilhado por esta repartição e o facto de não se ter conseguido identificar quem eventualmente tivesse prestado tal informação..."

Ou seja, embora sem negar, em absoluto, que as informações em causa hajam sido prestadas, a Repartição de Finanças invoca circunstâncias que considera indiciadoras de que o não foram, acrescentando que, em casos de dúvida, é habitual os contribuintes serem aconselhados a expor o seu caso por escrito, efectuando um pedido de informação prévia vinculativa nos termos e com os efeitos previstos nos artigos 72º e 73º do Código de Processo Tributário.

4 - Conclusões relativamente à matéria de facto:

Não quero deixar de aqui efectuar um esclarecimento que considero essencial, nomeadamente para que fique mais claro o porquê desta minha intervenção: no que diz respeito à existência de versões contraditórias dos factos, o caso em apreço não se afasta, em termos genéricos, de tantos outros casos que são trazidos ao meu

conhecimento.

A complexidade das questões tributárias e o facto de, com frequência, os contribuintes procurarem esclarecer verbalmente, junto das Repartições de Finanças, algumas questões prévias ao preenchimento de declarações ou à concretização de um ou outro negócio com implicações fiscais, levam a que, não raro, me sejam narrados casos semelhantes a este, em que o contribuinte e os funcionários da administração fiscal apresentam versões contraditórias sobre o sentido das informações verbalmente solicitadas e prestadas.

Embora conhecedor das dificuldades com que se debate a administração fiscal em sede de formação profissional dos seus funcionários - dificuldades agravadas pela reconhecida complexidade e vastidão das matérias sobre as quais lhes é exigido que prestem informações detalhadas e correctas -, opto, regra geral, por dar como boas as versões apresentadas pela administração fiscal, pela consideração que me merecem os seus técnicos e pela convicção de que os seus serviços tudo farão para assegurar, com zelo e diligência, o cumprimento de uma das mais importantes missões que lhe estão confiadas: o esclarecimento dos contribuintes e o seu auxílio no cumprimento das respectivas obrigações fiscais.

Em casos mais complexos, ou quando nada há a fazer excepto prevenir a repetição de erros e mal entendidos, tenho aconselhado com frequência os cidadãos que se me dirigem, a fazerem uso do mecanismo previsto nos artigos 20º, n.º 1, alínea c) e 72º a 74º do Código de Processo Tributário (informação prévia vinculativa), tal como o Chefe da Repartição de Finanças de Águeda informa fazer habitualmente.

No caso vertente, porém, não pude deixar de ir mais além, por crer que existem fortes indícios de que houve efectivamente um lapso na apreciação desta situação pelos serviços à data da celebração da escritura.

É que não se trata, aqui, de um entendimento divergente entre um funcionário e um contribuinte acerca de uma questão de resolução mais ou menos linear, cuja incompreensão por parte do contribuinte possa haver resultado da falta de conhecimentos técnicos para equacionar devidamente a questão junto da Repartição ou para entender exactamente o sentido da resposta obtida.

No caso vertente, para além da versão da Repartição de Finanças, existem relatos de dois outros intervenientes, sendo que pelo menos a um deles - a notária - não podem deixar de ser reconhecidos os conhecimentos que poderiam faltar à contribuinte para equacionar a questão e entender a resposta facultada pela Repartição de Finanças acerca da mesma.

II
A Exposição Dirigida pela Contribuinte ao Ministro das Finanças.

Inconformada com a exigência de pagamento de Sisa sobre uma transmissão que desde o início julgava isenta - à luz, aliás, de dois regimes diferentes, entre os quais optara com base apenas em critérios de economia e celeridade -, dirigiu a contribuinte ao antecessor de Vossa Excelência exposição na qual descreveu os factos aqui já sumariados, solicitando a anulação da Sisa referente à transmissão em causa.

Tal pedido viria a ser indeferido por despacho de 94.04.19, do Exmº Subdirector-Geral das Contribuições e Impostos com competência para o efeito.

Pretendendo conhecer plenamente os contornos da questão antes de sobre ela tomar posição, solicitei também esclarecimentos acerca dos fundamentos daquela decisão de indeferimento, os quais me foram facultados através do ofício n.º 362, de 95.02.01, Proc. SI.51.0076.94, da Direcção de Serviços dos Impostos do Selo e das Transmissões do Património (DSISTP).

O indeferimento da anulação da liquidação de Sisa pretendida pela Reclamante fundamentou-se, desde logo, na reafirmação da inaplicabilidade da isenção prevista no artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD ao caso em apreço.

Quanto à isenção a que a contribuinte teria direito por força do seu estatuto de titular de uma conta poupança-emigrante, lê-se no ofício supra referenciado:

> " ... a aquisição poderia beneficiar de isenção nos termos do artigo 7º do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, mas desde que tivesse sido observado o formalismo atinente a tal diploma, designadamente prova de que o imóvel havia sido adquirido com divisas provenientes do estrangeiro - o que também não se verifica".

III
A Isenção Prevista no Artigo 7º do Decreto-lei n.º 540/76, de 9 de Julho

Para maior facilidade de exposição, permito-me transcrever o teor do artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 21-B/77, de 9 de Abril, preceito e redacção expressamente mantidos em vigor pelo

artigo 21º, alínea a), do Decreto-Lei n.º 140-A/86, de 14 de Junho[23]:

"1. As aquisições de prédios ou suas fracções autónomas beneficiam de isenção de sisa, se a matéria colectável que servir de base à liquidação deste imposto não exceder, em qualquer dos seguintes casos, o montante correspondente ao dobro da importância transferida do exterior e efectivamente utilizada na aquisição, sempre que esta:

a) Seja efectuada ao abrigo do sistema de poupança-crédito;

b) Embora sem recurso ao crédito instituído por este decreto-lei, o adquirente utilize directamente na aquisição importâncias transferidas nos termos do artigo 4º ou a conta depósito a que se refere o artigo 5º.

2.(...)

3.(...)"

Tal como o Exmº Subdirector-Geral que concluiu no sentido do indeferimento do pedido da Reclamante, também eu entendo que é essencial apurar se a contribuinte preencheria, ou não, os requisitos essenciais à aplicação da isenção a que se reporta a disposição legal acima transcrita, sendo necessário, para o efeito, reconstituir a situação existente à data da aquisição.

Com uma ressalva, porém: nesta reconstituição não pode deixar de ser introduzido um factor de correcção que permita apurar, com a certeza possível, qual teria sido a evolução dos factos e as opções lógicas da Reclamante se as informações colhidas junto da Repartição de Finanças, por si e pela notária interveniente na escritura, não houvessem orientado a sua actuação no sentido de aproveitar da isenção consagrada no artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD, em detrimento da isenção prevista no supra transcrito artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho.

À data da aquisição (89.04.20), e em suma, os factos mais relevantes para efeitos de aplicação da isenção prevista no artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, eram os seguintes:

I. A Reclamante titulava conta poupança-emigrante que, num momento inicial, pretendera movimentar para efeitos de concretização da aquisição da sexta parte do imóvel em causa;

[23] Muito embora a redacção do artigo 7º, do Dec.-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, introduzida pela Lei n.º 21-B/77, de 9 de Abril, houvesse sido posteriormente alterada pelo Dec.-Lei n.º 316/79, de 21 de Agosto, a referência expressa do legislador à redacção da Lei n.º 21-B/77, revela a sua vontade inequívoca de aproveitar o regime introduzido por tal redacção e não qualquer outro, muito embora tal não consubstancie uma situação de repristinação da norma em causa, que continua revogada, apenas passando o respectivo conteúdo a integrar (novamente) a redacção do artigo 7º, do Dec.-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, que foi

II. A Reclamante veio, a final, a efectuar o pagamento do montante pelo qual adquiriu a sexta parte do imóvel, mediante cheque sacado sobre instituição bancária sita em França (facto do qual se propõe fazer prova). Daqui se conclui que:

A. A Reclamante concretizou a aquisição sem recurso ao crédito;

B. A aquisição foi totalmente efectuada com divisas provenientes do estrangeiro.

Assim sendo, resulta claro que apenas se encontra por preencher um requisito essencial à aplicação do benefício consagrado no citado artigo 7º: ao efectuar o pagamento integral da parte indivisa do imóvel através de cheque sacado sobre instituição bancária sita em França, onde se encontrava domiciliada uma sua conta que não a conta poupança-emigrante que titulava em Portugal, a Reclamante concretizou a aquisição sem para o efeito ter movimentado esta última conta.

Aqui deverá ser introduzido, porém, o factor de correcção que já referi, isto é, deve ter-se em conta que a contribuinte só assim procedeu porque, após ter colhido informações sobre o assunto na Repartição de Finanças de Águeda, acabaria por optar pelo regime de isenção previsto no artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD, sendo absolutamente indiferente, para este efeito, movimentar uma ou outra conta.

Se, pelo contrário, a Reclamante tivesse orientado a sua actuação no sentido de beneficiar da isenção prevista no artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, e uma vez que não recorreu ao crédito para efectuar a aquisição da sexta parte do imóvel transaccionado, bastar-lhe-ia, em lugar de sacar um cheque sobre instituição bancária sediada em França, transferir previamente a mesma importância para a sua conta poupança-emigrante, nos termos exigidos pela alínea b), do n.º 1, do artigo 7º, supra transcrito, para então movimentar esta conta na concretização da aquisição.

O que importa reter e concluir é que, e em suma, se no plano formal a Reclamante não cumpriu integralmente os requisitos exigidos pelo artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, em termos materiais sempre se encontrou em situação de poder beneficiar da isenção ali consagrada, atendendo em particular ao facto de ser titular de conta poupança-emigrante e de a aquisição da sexta parte do imóvel ter sido efectuada, na sua totalidade, com divisas provenientes do estrangeiro.

Evidentemente que a questão da prova destes factos não pode ser ignorada.

---

mantido em vigor. Nesse sentido: Prof. Oliveira Ascensão in "O Direito - Introdução e Teoria Geral", 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, a págs 262.

Considero, pois, razoável, e até mesmo essencial, que a revisão da situação da contribuinte passe pela prévia exigência de provas que confirmem a movimentação da sua conta no estrangeiro previamente à aquisição do imóvel.

Saliente-se por último, o facto de a aquisição de parte indivisa de um imóvel, como era o caso, não ser factor impeditivo da aplicação da citada isenção, ao contrário do que acontece nos casos em que é aplicável a isenção do artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD.

Isso mesmo entendeu já a administração fiscal, conforme resolução administrativa citada a págs. 867 do CIMSISSD, 3ª edição, anotado e comentado por F. e Nuno Pinto Fernandes, Rei dos Livros, 1993 (Despacho de 77.10.03 - P.º 15/15 - L.º 13/2778).

IV
A Reposição da Justiça na Definição da Situação Tributária em Apreço

Caso Vossa Excelência conclua, como eu, que as circunstâncias acima descritas revelam ter sido liquidado Imposto de Sisa indevidamente, por motivos imputáveis aos serviços, encontram-se reunidas as condições que permitem concretizar a anulação oficiosa da liquidação, com base no disposto nos artigos 149º do CIMSISSD e 94º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Tributário (CPT).

Com efeito, parece-me ser manifesto que a contribuinte apenas não beneficiou da isenção a que tinha direito devido às já conhecidas circunstâncias que rodearam a sua procura de informação sobre a melhor forma de beneficiar de isenção de Sisa na realização desta transacção.

Se a Reclamante houvesse obtido esclarecimentos detalhados e correctos acerca dos requisitos e meios de prova exigidos para fazer funcionar cada um dos regimes de isenção em causa, é inevitável concluir que teria optado pelo único que lhe era efectivamente aplicável - o previsto no artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho.

Não pode, pois, deixar de concluir-se, hoje, que a intervenção da Repartição de Finanças de Águeda influenciou decisivamente - e em sentido errado - a opção da contribuinte e, consequentemente, a posterior liquidação do Imposto Municipal de Sisa cuja restituição me parece de toda a justiça.

Se, ainda assim, entender Vossa Excelência não estar perante um caso de erro imputável aos serviços - não obstante a prova testemunhal produzida pela Reclamante e, em especial, pela notária interveniente na escritura -, sempre será viável a utilização

do expediente previsto no artigo 179º do CIMSISSD, o qual confere ao Ministro das Finanças o poder discricionário de ordenar o reembolso do montante de sisa pago nos últimos cinco anos (a Reclamante efectuou o pagamento em 94.05.13, na Tesouraria da Fazenda Pública de Águeda), quando o considere indevidamente cobrado.

Permito-me realçar que este não é um mero caso de tardio requerimento da isenção aplicável, motivado por desconhecimento da lei ou por falta de iniciativa do contribuinte: trata-se de um caso em que, tendo embora actuado com a diligência exigível e adequada - solicitando esclarecimentos junto das entidades competentes (Repartição de Finanças e Cartório Notarial) -, a contribuinte acabaria por não conseguir atingir o resultado que desde o início procurara obter, isto é, a isenção de Sisa.

É nesta medida que o imposto se apresenta indevidamente cobrado: as diligências desenvolvidas pela interessada foram razoáveis e adequadas à obtenção da isenção a que efectivamente tinha direito e só uma evolução anómala das circunstâncias em que tais diligências foram assistidas por terceiros levou à cobrança de um imposto que, em bom rigor, não deveria ter sido cobrado.

V
Conclusões

1. O facto de a Reclamante e a notária que participou na escritura apresentarem versões idênticas acerca do teor das informações prestadas pela Repartição de Finanças de Águeda quanto ao enquadramento desta aquisição em sede de Imposto Municipal de Sisa, revela fortes possibilidades de esta ser a versão correcta dos factos - em particular se atendermos ao conhecimento que deste tipo de situações possuem os funcionários intervenientes em escrituras -, pelo que se apresenta de toda a justiça repor agora a situação que existiria se, previamente à aquisição, a Reclamante e a funcionária que lavrou a escritura não houvessem partido do pressuposto - fundamentado em informações obtidas junto da Repartição de Finanças - de que a transmissão estava isenta de Sisa ao abrigo do disposto no artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD.

2. Na impossibilidade de aproveitar da isenção prevista na norma do citado artigo do CIMSISSD, a Reclamante teria certamente diligenciado no sentido de aproveitar outra isenção cujos requisitos estava em condições de preencher. Com efeito:

3. De todos os requisitos exigidos para aplicação da isenção de Imposto Municipal de Sisa prevista no artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, a Reclamante apenas não preencheu um: a movimentação da conta poupança-emigrante para efeitos de aquisição da sexta parte do imóvel.

4. Tal movimentação era de fácil concretização, bastando que, em lugar de sacar um cheque sobre instituição bancária sediada em França, a Reclamante houvesse transferido previamente a mesma importância para a sua conta poupança-emigrante, nos termos exigidos pela alínea b), do n.º 1, do artigo 7º, supra transcrito, para então movimentar esta conta na concretização da aquisição.

5. O único motivo pelo qual a Reclamante optou por sacar um cheque sobre a conta sediada em França para efeitos de concretização da aquisição, foi a convicção de que, independentemente da movimentação da conta poupança-emigrante, sempre lhe seria aplicável a isenção de Imposto Municipal de Sisa prevista no artigo 11º, n.º 22, do CIMSISSD.

6. As diligências efectuadas pela contribuinte com o objectivo de beneficiar de isenção de Sisa nesta aquisição revelaram-se adequadas e suficientes à obtenção dos esclarecimentos necessários para que pudesse concretizar o seu direito a tal isenção. O facto de tal não ter acontecido ficou a dever-se a circunstâncias anómalas, não imputáveis, de todo, à Reclamante, a qual não deverá, por isso, ser forçada a suportar o pagamento de um tributo que desde o início sabia não lhe ser exigível.

Recomendo

Que seja reposta a situação que se verificaria caso a contribuinte houvesse concretizado a sua intenção inicial de aproveitar a isenção de Imposto Municipal de Sisa prevista no artigo 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho, seja através da anulação da liquidação ao abrigo do disposto nos artigos 149º, do CIMSISSD, e 94º, n.º 1, alínea b), do CPT, seja através do expediente previsto no artigo 179º, do CIMSISSD, que prevê o reembolso do Imposto Municipal de Sisa, independentemente da anulação da liquidação, sempre que haja sido indevidamente cobrado.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Ministro das Finanças

P-4/96
Rec. n.º 47/A/98

Ao assunto em epígrafe se reporta a informação n.º 237, de 6 de Março de 1996, da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, sobre a qual recaiu despacho de Vossa Excelência, datado de 10 de Abril de 1996, ordenando o respectivo envio a este árgão do Estado, em resposta a solicitação que havia sido formulada através do ofício n.º 3792, de 96.02.27, da Provedoria de Justiça.

Conforme então tive oportunidade de dar a conhecer a Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, o teor da Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, da Direcção de Serviços do IRS (DSIRS), foi para mim motivo de preocupação, atendendo a que as instruções que divulgou junto dos serviços da administração fiscal consubstanciam, em minha opinião e como adiante procurarei deixar provado, a violação de direitos e legítimas expectativas dos contribuintes.

No decurso da instrução do processo aberto por minha iniciativa, em Fevereiro de 1996, para apreciação da questão, viriam a dar entrada na Provedoria de Justiça dezenas de queixas referentes à aplicação da Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, da DSIRS.

Ponderados os argumentos invocados em cada uma das queixas e, paralelamente, os avançados na informação n.º 237, de 96.06.06, da DGCI, entendi dever dirigir-me a Vossa Excelência com o objectivo principal de contribuir para uma resolução da questão que, simultaneamente, seja consentânea com a alteração do entendimento da Direcção-Geral da Saúde (DGS) acerca do apuramento do grau de incapacidade em situações de hipovisão e com os direitos e expectativas dos contribuintes portadores desta deficiência do foro oftalmológico.

O que está em causa no processo acima referenciado são, exclusivamente, as consequências fiscais da revogação da interpretação expressa na Informação n.º 63/DSO, de 26.08.94, anexa ao ofício-circular n.º 15599, de 06.09.94, da Direcção-Geral da Saúde (que considerava dever a incapacidade resultante de hipovisão ser avaliada sem correcção óptica, embora com posterior correcção não superior a 15%) , pela circular normativa n.º 22/DSO, de 15 de Dezembro de 1995, da mesma Direcção-Geral (a qual determina que a avaliação da mesma incapacidade deve ser efectuada após a melhor correcção óptica conseguida, designadamente com recurso a óculos de correcção ou lentes de contacto)

Não versa, pois, esta minha intervenção, sobre a bondade de nenhuma das

diferentes interpretações da Tabela Nacional de Incapacidades, veiculadas pela DGS, questão objecto de diferente processo também pendente neste órgão do Estado mas que, evidentemente, não cumpre trazer junto de Vossa Excelência.

I
Validade e eficácia da circular normativa 22/DSO, de 15 de Dezembro, da DGS.

Apreciados todos os fundamentos invocados pela DGCI para justificar a sua actuação após conhecimento do teor da circular normativa n.º 22/DSO, de 15 de Dezembro de 1995, da DGS, não pude deixar de concluir, desde logo, pela absoluta falta de base legal da invocação, pela DGCI, junto dos contribuintes, da doutrina constante da referida circular normativa da DGS.

É unanimemente reconhecida aos vários tipos de instruções administrativas (despachos normativos, circulares, ofícios circulares) uma importante função ordenadora e de harmonização de actuação da administração pública.

Os respectivos destinatários são, indiscutivelmente, os funcionários e agentes administrativos, os quais, por se encontrarem integrados em determinada estrutura hierárquica, devem obediência a este tipo de instrumentos reguladores da sua actividade, ficando sujeitos a sanções disciplinares em caso de incumprimento de instrução administrativa que veicule determinado entendimento acerca, nomeadamente, da interpretação da lei ou da melhor forma de lhe dar cumprimento.

Já quanto aos particulares, as referidas instruções administrativas carecem de qualquer poder vinculativo, precisamente porque lhes não são dirigidas.

O mesmo se diga em relação a funcionários de órgãos ou serviços da administração pública não hierarquicamente dependentes do autor de determinada instrução administrativa:

em relação a estes - como em relação aos particulares - as referidas instruções não possuem poder vinculativo.

Em suma, as instruções administrativas são dotadas de eficácia meramente interna, traduzida em duas consequências essenciais: por um lado, não são de cumprimento obrigatório para os particulares nem para os agentes da administração que não sejam seus destinatários; por outro lado, nem os particulares nem os agentes da administração acima referidos podem invocar tais instruções na defesa dos seus direitos ou no exercício das suas funções, respectivamente.

No caso em apreço, através da circular normativa n.º 22/DSO, o Exmº Subdirector-Geral da Saúde dirigiu a todas as autoridades de saúde e centros de saúde

(cfr. menção constante do espaço reservado à inscrição do destinatário da referida circular normativa), instruções referentes à forma de avaliação de incapacidades resultantes de hipovisão.

Nos termos do que acima ficou dito, a eficácia de tais instruções não poderia ser outra que não a mera eficácia interna e, na falta de disposição em contrário, para futuro.

Carece, pois, de base legal, qualquer invocação da circular normativa n.º 22/DSO, de 15 de Dezembro, da DGS, fora do seu estrito âmbito de aplicação.

II

Validade das declarações de incapacidade emitidas entre 1 de Janeiro de 1994 e 15 de Dezembro de 1995.

Reconhece-se, evidentemente, à agora Direcção-Geral dos Impostos, toda a legitimidade para orientar a actuação dos respectivos serviços quanto à interpretação e aplicação da lei fiscal, função aliás de extrema importância em matéria de harmonização de procedimentos, sempre desejável.

Porém, a Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, nada tem de interpretação ou aplicação da lei fiscal, a qual se manteve inalterada em sede de reconhecimento de benefícios fiscais e de requisitos para a respectiva aplicação.

Através da sua Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, procurou antes a DGCI regular a validade dos atestados de incapacidade emitidos pelos competentes serviços da DGS durante o período em que vigorou a interpretação agora revogada pela circular normativa n.º 22/DSO.

E quanto a este ponto, em particular, que não posso deixar de solicitar a melhor atenção de Vossa Excelência, face à manifesta intenção de actuação, pela DGCI, para além do que lhe é legalmente permitido: a validade dos actos atestados pelas declarações de incapacidade emitidas pelos serviços da DGS durante a vigência do entendimento agora revogado não pode ser definida livremente pela DGCI nem, tão pouco, pela própria DGS, devendo antes ser aferida à luz do regime previsto no Código do Procedimento Administrativo acerca da validade dos actos administrativos.

Sem querer alongar o presente texto com referência àvasta doutrina e jurisprudência existentes acerca da noção de acto administrativo, ater-me-ei à noção legal constante do artigo 120º do Código do Procedimento Administrativo, para concluir que os actos de atribuição de determinado grau de incapacidade, por serem proferidos por órgãos da Administração (no caso vertente, órgãos dependentes, em última instância, do Ministro da Saúde), ao abrigo de normas de direito público, com o objectivo de produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta, não podem deixar de ser considerados actos administrativos e, como tal, sujeitos ao respectivo regime.

Todos os actos de atribuição de determinado grau de incapacidade atestados pelas declarações cuja recusa como prova de deficiência está agora em apreço, produziram os respectivos efeitos desde a data em que foram praticados, excepto quando lhes tenha sido atribuida eficácia retroactiva (pelo facto de a deficiência ser expressamerite reportada a data anterior) conforme previsto no artigo 127º do Código de Procedimento Administrativo.

Tendo os actos administrativos em apreço sido praticados sem ofensa de quaisquer normas ou princípios jurídicos, a respectiva revogabilidade há-de obedecer, necessariamente, ao disposto no artigo 140º do Código que se vem citando, o qual estabelece a regra da livre revogabilidade, com as excepções constantes das alíneas a) a c) do seu n.º 1.

Tais actos administrativos, sendo manifestamente constitutivos de direitos e interesses legalmente protegidos, constam do elenco de excepções à regra da livre revogabilidade, valendo, quanto a eles, a regra oposta, precisamente a da impossibilidade da sua revogação (artigo 140º, n.º 1, alínea b), do Código supra citado).

Temos, portanto, que os actos administrativos de fixação do grau de incapacidade, uma vez praticados, desde que o tenham sido validamente, estão aptos a produzir efeitos sem possibilidade de o seu autor ou o respectivo superior hierárquico evitarem tal produção de efeitos.

Por maioria de razão, nenhuma entidade estranha a esta relação hierárquica pode determinar o que quer que seja acerca da validade e eficácia dos actos em causa.

A DGCI, como entidade a quem compete reconhecer a produção de efeitos deste tipo de actos em sede de benefícios fiscais, mais não pode do que aceitá-los como bons e aptos, portanto, a produzir os efeitos que legalmente lhes são atribuidos.

É essa a única conclusão possível face ao disposto no n.º 5, do artigo 44º, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de Julho, que me permito reproduzir:

> "5 - Para efeitos do disposto neste artigo, considera-se deficiente aquele que apresente um grau de invalidez permanente, devidamente comprovado pela entidade competente, igual ou superior a 60%. "

Não se diga, a este respeito, que a situação tributária dos sujeitos passivos abrangidos pela referida Circular fora já alterada em data anterior a 31 de Dezembro de 1995, pelo que a sua tributação de acordo com o regime dos não deficientes obedeceria à regra constante do artigo 14º, n.º 7, do Código do IRS.

É que, como resulta do acima exposto, a alteração do entendimento vigente até 15 de Dezembro na Direcção-Geral da Saúde acerca da avaliação da incapacidades gerada por situações de hipovisão, em nada altera a validade dos actos de atribuição de incapacidade praticados até àquela data, que deverão, por isso, continuar a produzir todos os seus efeitos, nomeadamente em sede fiscal.

Note-se que mesmo o diploma que mais recentemente veio estabelecer o regime de avaliação de incapacidade das pessoas com deficiência (Decreto-Lei n.º 202/96, de 23 de Outubro),entrou em vigor, de acordo com o disposto no respectivo artigo 70, no último dia do mês seguinte ao da sua publicação, sendo de aplicação aos processos em curso à altura (processos de avaliação de incapacidade, entenda-se) , excluindo-se quaisquer efeitos retroactivos em relação aos processos de avaliação de incapacidade conclusos à data da sua entrada em vigor.

Assim, e em suma, quer em 15 de Dezembro de 1995 (data da circular normativa n.º 22/DSO, da DGS), quer em 31 de Dezembro de 1995 (v. artigo 14º, n.º 7, do Código do IRS), quer em 31 de Janeiro de 1996 (data da Circular n.º 1/96, da DSIRS) quer, ainda, actualmente, os cidadãos portadores de declaração de incapacidade comprovativa de acto válido de atribuição de um grau de incapacidade igual ou superior a 60% deveriam ver reconhecido o seu direito a usufruir dos benefícios fiscais legalmente consagrados. A posição assumida pela DGCI face a este assunto não tem permitido o exercício de tal direito, motivo pelo qual não pude deixar de trazer o assunto junto de Vossa Excelência.

III
Planificação Fiscal. da Invocação da Qualidade de Deficiente pelo Contribuinte.

Conforme resulta do acima exposto, discordo da afirmação proferida pelo Exmº Director de Serviços do IRS, em parecer anexo à informação n.º 237/96, da respectiva Direcção de Serviços, quanto à actuação dos contribuintes portadores da deficiência oftalmológica em apreço (hipovisão), a qual équalificada como consubstanciando uma "utilização abusiva de um benefício fiscal manifestamente injustificado..."

O que poderia ser injustificado, quanto muito, era o grau de incapacidade atribuido aos portadores desta deficiência, comparativamente com o grau de incapacidade gerado por outro tipo de deficiências de idêntica ou superior gravidade, pelo menos para o leigo em assuntos médicos.

Por esse motivo tenho afirmado, desde o inicio, que não pretende esta minha intervenção apreciar ou tomar posição sobre a correcção ou incorrecção dos critérios de avaliação de incapacidade consagrados na Tabela Nacional de Incapacidades aprovada pelo Decreto-Lei n.º 341/93, de 30 de Setembro, e respectiva interpretação.

Sou, aliás, defensor da publicação e entrada em vigor, tao urgentemente quanto possível, de uma tabela de incapacidades especialmente aplicável à avaliação de incapacidades de deficientes civis, única forma de eliminar ou, pelo menos, minorar

algumas das assimetrias e insuficiências da actual tabela, directamente aplicável apenas às incapacidades por acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Porém, enquanto o actual quadro legal se mantiver inalterado, não pode ser considerada abusiva a sua invocação pelos particulares que, a mais não estando obrigados senão ao conhecimento e cumprimento da lei, solicitaram a respectiva aplicação ao seu caso concreto, dirigindo-se à entidade competente para avaliar o seu grau de incapacidade, o que foi feito de acordo com a única lei - e respectiva interpretação -então vigente.

A fase posterior do comportamento destes sujeitos passivos - agora junto da administração fiscal - traduz, tão só, um caso de poupança fiscal através do exercício dos direitos aos benefícios fiscais legalmente consagrados.

Conforme afirma Nuno Sá Gomes, a págs 40 e 41 de "Estudos sobre a segurança jurídica na tributação e as garantias dos contribuintes", Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais, DGCI, Lisboa, 1993:

> "...não pode criticar-se a intenção de minimizar custos fiscais, desde que se não violem as leis da tributação. . . ",
>
> e ainda:
>
> "...é dever dos cidadãos minimizarem custos, inclusivé os fiscais, e optimizarem proveitos, em termos de racionalidade económica, desde que não violem as leis."

Este assunto acaba por estar relacionado com uma outra consequência inaceitável da Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, da DSIRS: a aplicação do entendimento consagrado nesta instrução administrativa leva à inutilização do planeamento das opções de todos os sujeitos passivos portadores da deficiência em apreço, os quais vêem subitamente - e sem base legal, repete-se - alterados os pressupostos em que basearam as opções tomadas até àquela data, com as necessárias consequências negativas ao nível da certeza esegurança das relações jurídicas.

Mantenho, pois, o que já havia dito a folhas 2 do ofício n.º 3792, de 96.02.27, dirigido a Sua Excelência o Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais: através da Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, pretendeu a DOCI ir além do permitido pelo artigo 12º, n.º 4, do Estatuto dos Benefícios Fiscais, o qual consagra a proibição de diminuição "por acto unilateral da administração fiscal, dos direitos adquiridos, salvo se houver inobservância das obrigações impostas imputável ao beneficiário, ou se o

beneficio tiver sido indevidamente concedido..."

Conclui então - como concluo agora, com base no entendimento exposto acima - que a administração fiscal, através da Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, aprovou um entendimento claramente violador de direitos adquiridos pois visa impedir a aplicação de benefícios fiscais a contribuintes que, nos termos legais, adquiriram direito aos mesmos no exacto momento em que a respectiva incapacidade foi fixada, pela entidade competente e com base no entendimento vigente à data, em grau igual ou superior a 60%.

Qualificar a actuação dos sujeitos passivos que solicitaram a aplicação dos benefícios fiscais em causa como sendo uma actuação abusiva é, a meu ver, afirmação infundada e injusta.

Realce-se que a própria Direcção-Geral da Saúde, com base, certamente, em pareceres de especialistas, teve opinião diferente, em momentos distintos, acerca da avaliação deste tipo de incapacidades, pelo que não é exigível que o cidadão contribuinte faça mais do que actuar no sentido de obter a maior poupança fiscal, utilizando em cada momento os meios legais ao seu dispor para alcançar tal fim.

IV
Conclusões

1. A circular normativa n.º 22/DSO, de 15 de Dezembro, da Direcção-Geral da Saúde, enquanto instrução administrativa dirigida às autoridades e centros de saúde, possui eficácia meramente interna, não vinculando nem sendo invocável por particulares nem, tão pouco, por agentes da administração que não sejam seus destinatários, nomeadamente por agentes da administração fiscal;

2. Os actos administrativos de fixação da incapacidade, uma vez praticados pela entidade competente e em aplicação das normas jurídicas - e respectiva interpretação -vigentes à data, estão aptos a produzir efeitos para futuro (excepto se lhes tiver sido atribuida eficácia retroactiva) e, enquanto actos constitutivos de direito validamente praticados, são irrevogáveis;

3. A Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, da DSIRS, ao pretender dispor sobre a validade e eficácia dos actos de fixação de incapacidade praticados pelas entidades competentes da Direcção-Geral da Saúde, extravasa o âmbito de competência da DGCI, a qual não pode deixar de reconhecer validade às declarações de incapacidade comprovativas de um grau de incapacidade validamente conferido pelas autoridades de saúde com poderes e competência para o efeito;

4. A actuação dos sujeitos passivos de IRS, no sentido de aproveitar os

benefícios fiscais conferidos aos portadores de deficiência geradora de incapacidade de grau igual ou superior a 60%, não pode ser considerada abusiva, uma vez que a respectiva deficiência foi apreciada de acordo com a lei e respectiva interpretação vigentes à data em que solicitaram a avaliação de incapacidade, tendo a posterior solicitação de benefícios fiscais traduzido, tão só, uma atitude de poupança fiscal normal e legítima.

Pelo exposto,

Recomendo

1. Que, com base no disposto no artigo 85º do Código do IRS, sejam revogadas todas as liquidações de IRS que tenham desconsiderado deficiência geradora de grau de incapacidade igual ou superior a 60%, comprovada por declaração de incapacidade emitida entre 1 de Janeiro de 1994 e 15 de Dezembro de 1995.
2. Que, perante o actual quadro legal, seja reconhecida a tais declarações de incapacidade a plena eficácia que lhes advém do facto de atestarem o conteúdo de um acto de avaliação de incapacidade irrevogável por força da sua natureza de acto administrativo constitutivo de direitos.
3. Que o entendimento sumariado em 1. e 2. seja alargado aos casos em que o teor da Circular n.º 1/96, de 31 de Janeiro, da DSIRS, foi considerado aplicável à concessão de isenção de imposto municipal sobre veículos.
4. Que o mesmo entendimento seja aplicado na decisão de reclamações oportunamente apresentadas pelos interessados acerca deste assunto.

Recomendação não acatada

Ao
Exm.º Senhor
Director-Geral dos Impostos

R-3265/92
Rec. n.º 48/A/98
1998.06.08

No âmbito da instrução de processo aberto com base em queixa, concluí pela existência de motivos que justificam uma reapreciação da sua situação tributária em sede de Contribuição Autárquica, relativamente a prédio de que é proprietário e que se encontra actualmente inscrito na matriz predial urbana da freguesia de São Domingos de Rana, motivo pelo qual entendi trazer o assunto junto de V. Exª.

O referido imóvel foi adquirido pelo seu actual proprietário, já identificado, em data anterior à entrada em vigor do Código da Contribuição Autárquica (CCA), manifestando aquele a sua discordância relativamente à classificação do prédio como terreno para construção e, consequentemente, discordando da sua tributação, em sede de Contribuição Autárquica, como prédio urbano.

Com efeito, não obstante tenha sido o próprio Reclamante a declarar, à data da realização da escritura de compra e venda, a sua intenção de construir no local (menção que ficou a constar do título aquisitivo), a concretização desta sua intenção viria a ser inviabilizada pela impossibilidade legal de construir nesse mesmo local, comprovada pela certidão cuja cópia se anexa (doc. n.º 1).

Constatada esta impossibilidade, diligenciou o interessado no sentido de corrigir a classificação atribuída ao imóvel, através de requerimento datado de 92.05.19, sobre o qual veio a recair despacho datado de 92.05.22 que indeferiu o pedido com fundamento no facto de constar do título aquisitivo do imóvel a menção de o mesmo ser destinado à construção o que, por força da aplicação automática do disposto no artigo 6º, n.º 3, do CCA, implicaria a manutenção da sua classificação como terreno para construção, logo, como prédio urbano.

O recurso interposto para o Director Distrital de Finanças de Lisboa em 92.07.15 não viria a alcançar resultado diferente, uma vez que foi mantido o indeferimento com base no mesmo fundamento - doc. n.º 2, anexo.

Permito-me realçar que da própria informação que serviu de base ao indeferimento do recurso resulta o reconhecimento da impossibilidade de construção no local, tendo porém a administração fiscal considerado que, para efeitos de classificação do imóvel, tal facto deveria ceder perante a declaração de intenções

constante do título aquisitivo. É ainda invocado, em suporte da tese da administração fiscal, o teor do Ofício-circulado n.º 5347.11/91, de 10 de Dezembro, da 1ª Direcção de Serviços da DGCI, questão à qual se voltará mais adiante.

Quanto à atribuição de efeitos constitutivos - e, além disso, irrevogáveis - à declaração de intenção de construir no prédio adquirido, parece evidente que é susceptível de gerar situações de grave e inaceitável desconexão entre a realidade objecto de tributação e o regime que lhe é aplicável, situação de que a ocorrida com o contribuinte acima identificado é mero exemplo.

Que aquela declaração de intenções não pode, em caso algum, sobrepor-se à real, objectiva e comprovada utilidade do imóvel, prova-o também a jurisprudência formada no tocante à interpretação de disposições análogas do Código do Imposto Municipal de Sisa e do Imposto Sobre as Sucessões e Doações (CIMSISSD), nomeadamente do seu artigo 49º, § 3º, 2ª parte, o qual contém definição de "terreno para construção" coincidente com a constante do artigo 6º, n.º 3, do CCA, na redacção vigente à data da apreciação dos pedidos do interessado pela Repartição de Finanças e, em sede de recurso hierárquico, pela Direcção Distrital de Finanças.

Nos termos de qualquer das supra citadas disposições legais, são terrenos para construção os "situados dentro ou fora de um aglomerado urbano, para os quais tenha sido concedido alvará de loteamento, aprovado projecto ou concedida licença de construção e ainda aqueles que assim tenham sido declarados no título aquisitivo".

Em sede de Imposto Municipal de Sisa mas com total aplicação ao caso vertente, realce-se o teor do Acórdão de 88.11.03, do Tribunal Tributário de 2ª Instância de Lisboa, in CTF n.º 353, Janeiro-Março 1989, pág. 250 e sgts., cujo sumário, na parte relevante, me permito transcrever:

> " I- De acordo com a determinação do artº 49º, § 3º, do C.S.I.S.D. - onde vem estabelecida uma presunção *juris tantum* -, serão de considerar "terrenos para construção" tão-somente os que se apresentem objectivamente afectos à construção, afectação de que são índices os factos ali assinalados. II - Provado que o terreno não tinha aptidão, por si só, para a construção urbana, e afastada assim a presunção legal constante daquele preceito, há que concluir pela ilegalidade da operada avaliação, face à inexactidão do pressuposto de se tratar de "terreno para construção" ".

E, ainda mais explicitamente, afirma-se no Acórdão de 88.02.02, do Tribunal Tributário de 2ª Instância de Lisboa, in CTF n.º 350, Abril-Junho 1988, págs. 574 e

sgts:

"II - A prova da impossibilidade de construir em determinado terreno por falta de licenciamento obsta a que o mesmo seja terreno para construção para os fins do artigo 53º do Código da Sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações, apesar de o destino à construção ter sido declarado na escritura de aquisição e termo de declaração de sisa"

E mais adiante, no texto do mesmo Acórdão:

"Será a declaração do título aquisitivo suficiente para qualificar o terreno de construção ou terão de concorrer outros elementos?

O conceito de terreno para construção, para efeitos fiscais, não pode ser um conceito formal, resultante do simples enquadramento da presunção do § 3º do artigo 49º do Código da sisa e do Imposto sobre as Sucessões e Doações, mas deve ser um conceito material, dirigido às realidades para que foi formulado, traduzindo-se, no caso, a destinação específica à construção urbana."

Afirma-se neste mesmo Acórdão, expressamente, a uniformidade jurisprudencial do Supremo Tribunal Administrativo quanto à natureza ilidível, por prova em contrário, da presunção constante do supra mencionado § 3º, do artigo 49º, do CIMSISSD, concluindo-se que a mesma deve ceder "quando confrontada com outros elementos que a contrariem, elementos contemporâneos ou mesmo posteriores à aquisição".

Ainda no âmbito do mesmo Acórdão de 88.02.02, do Tribunal Tributário de 2ª Instância de Lisboa, refere-se jurisprudência do mesmo Tribunal (Acórdão de 87.01.28, processo 57 876), nos termos da qual, mesmo que a finalidade de construção "constasse da escritura e uma vez que o terreno se integra numa zona que a não consente, ele não poderia qualificar-se como terreno para construção".

À data da apreciação do pedido do Reclamante, no sentido de o prédio por si adquirido deixar de ser classificado como terreno para construção, eram estas as disposições legais vigentes e era esta, já, a orientação jurisprudencial consagrada, factores que não obstaram ao indeferimento do seu pedido com fundamento numa interpretação da lei que não posso deixar de considerar exageradamente literal e em desacordo com a real intenção do legislador.

Certamente com o objectivo de pôr fim às consequências nefastas desta interpretação da lei, viria o mesmo legislador a introduzir alterações ao artigo 6º, n.º 3, do CCA, através da Lei n.º 39-B/94, de 27 de Dezembro (Orçamento do Estado para 1995) alterações que, sendo de louvar pelo seu intuito de clarificação e de introdução de maior certeza e segurança nas relações jurídicas, seriam desnecessárias caso não se

houvessem registado, até então, casos de extrema injustiça e desadequação da norma, na sua redacção inicial, aos factos a que foi aplicada.

A actual redacção do artigo 6º, n.º 3, do CCA salvaguarda agora expressamente os casos em que "as entidades competentes vedem toda e qualquer licença de construção", considerando que os prédios nestas circunstâncias não são terrenos para construção, ainda que esta qualificação conste do respectivo título aquisitivo.

A questão encontra-se, pois, totalmente esclarecida a partir da entrada em vigor desta alteração que, reafirmo, não era essencial à boa interpretação da norma alterada, cujo sentido sempre foi o que agora lhe foi expressamente atribuído, conforme já ficou provado pela analogia com idênticas disposições constantes do CIMSISSD.

Regressando ao caso concreto do Reclamante acima identificado, diga-se desde já que a sua situação actual se encontra também resolvida, já que a evolução dos trabalhos de aprovação do Plano Director Municipal do concelho de Cascais (PDM-Cascais) veio a permitir ao Reclamante destinar o terreno a construção, se assim o entender.

Com efeito, do teor do Regulamento do PDM-Cascais, publicado no DR I-B, de 97.06.19, fls. 2970 e sgts, resulta que, actualmente, o imóvel se encontra em área passível de construção.

Encontrando-se pois ultrapassada, para futuro, a questão objecto de queixa (a inscrição matricial do prédio como urbano passou a ser correcta e nada obsta, a partir de agora, à concretização da intenção do proprietário de construir no local), certo é que, desde a entrada em vigor do CCA, até à entrada em vigor do PDM-Cascais, o prédio foi tributado como terreno para construção (isto é, como prédio urbano) quando não o deveria ter sido por não ser legalmente possível conferir-lhe tal utilização.

E se entre a data da entrada em vigor do CCA e a data em que foi solicitada, pelo interessado, a alteração da classificação do imóvel por se situar em área não passível de construção, não era exigível que a administração fiscal houvesse classificado o imóvel de outra forma (não obstante a existência de mecanismos que permitem, mesmo na ausência de comunicação do interessado, apurar da utilidade que os imóveis são, objectivamente, capazes de gerar - artigo 30º do CCA), já a partir do momento em que o interessado alega e faz prova da absoluta impossibilidade de construir no local, não é aceitável a manutenção de uma classificação que,

manifestamente, nada tem a ver com a realidade objecto da mesma.

Compreenderá V. Exª, certamente, que conclua no sentido de a administração fiscal ter andado mal ao cingir-se à letra da lei para se recusar a rever a situação em apreço.

Nem se diga que a decisão da Direcção Distrital de Finanças, fundamentada numa informação que remete para o teor do Ofício-circulado n.º 5347.11/91, de 10 de Dezembro, da 1ª Direcção de Serviços da DGCI (v. ponto 7. do documento n.º 2, anexo), traduz, por força dessa remissão, uma interpretação mais completa e rigorosa.

Com efeito, é meu parecer que, mesmo recorrendo à doutrina sancionada pela mencionada instrução administrativa, a pretensão do Reclamante deveria ter sido atendida. Foi a mera invocação das alíneas b), dos n.ºs 1 e 2, do mencionado Ofício-circulado, desprovida de articulação com as restantes alíneas da mesma instrução administrativa, que levou à conclusão simplista de atribuir à declaração de intenção de construir no terreno adquirido, a eficácia constitutiva que a alínea c), do ponto 2., do citado Ofício-circulado, expressamente rejeita.

O que a alínea b), do n.º 2, da instrução administrativa em apreço estipula é que, perante um documento formalmente válido, do qual conste a menção da intenção de construir no terreno transaccionado, não devem os serviços deixar de reconhecer a validade de tal documento e da referida menção. Da formulação desta alínea não resulta, porém, a validade absoluta de tal declaração, isto é, não resulta que a mesma prevaleça sobre declaração posterior contrária e, além do mais, comprovada documentalmente.

Aliás, bastaria uma interpretação conjugada daquela alínea b), do n.º 2, com a alínea c), do mesmo número - que expressamente rejeita a eficácia constitutiva das declarações dos contribuintes -, para concluir que o reconhecimento da validade da declaração de intenção de construir visa servir o fim contrário àquele que serviu no caso em apreço, isto é, visa permitir que, mesmo na falta do elemento objectivo necessário à classificação do imóvel como terreno para construção (o prévio reconhecimento do direito de edificação pela entidade competente), o imóvel possa ser classificado como tal, nomeadamente porque se admite a verificação de casos em que o reconhecimento do direito de edificação, não tendo ocorrido previamente à transacção, venha a acontecer em momento imediatamente posterior.

Ora, no caso em apreço, em vez de permitir a classificação do terreno como sendo para construção em momento anterior à prova da susceptibilidade de tal utilização, a citada alínea foi invocada para manter uma classificação que já deixara de ter subjacente quer a vertente subjectiva traduzida pela declaração de intenção de

construir (o interessado, conhecedor da impossibilidade legal, abdicou compreensivelmente dessa intenção) quer a própria vertente objectiva da mesma classificação, já que foi efectuada prova documental da impossibilidade de construir no local.

Conclui-se, pois, que à data da apreciação do pedido do interessado, no sentido de o imóvel deixar de ser classificado - e tributado - como terreno para construção, já se encontravam reunidas todas as condições para que o mesmo houvesse sido deferido, pelo que a incorrecta apreciação dos factos e respectivo enquadramento jurídico ficou a dever-se, única e exclusivamente, a erro da administração fiscal.

Tal erro é sanável nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 20º, n.º 1, alínea c), do CCA e 93º e 94º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Tributário, disposições ao abrigo das quais e por força do que acima ficou dito,

Recomendo

que seja ordenada a revisão oficiosa das liquidações de Contribuição Autárquica dos anos de 1992 a 1996, referentes ao contribuinte e ao imóvel acima identificados, já que durante aqueles anos o imóvel em causa foi tributado como terreno para construção - isto é, como prédio urbano - quando, por razões de que a administração fiscal foi oportunamente informada (através de requerimento do interessado, datado precisamente de 1992), a sua classificação deveria ter sido de prédio rústico, por aplicação do disposto no artigo 3º, n.º 1, alínea b), do CCA, com a consequente aplicação da taxa de 0,8% prevista na alínea a), do n.º 1, do artigo 16º, do CCA.

Recomendação sem resposta (proposta de mediação aceite)

Ao
Exmo. Senhor
Director-Geral dos Impostos

R-1164/93
Rec. n.º 70/A/98
1998.11.18

1. A Exma. Senhora D... dirigiu-se a este Órgão do Estado em Abril de 1993, queixando-se do facto de não ter sido compensada pelos prejuízos sofridos na sequência de uma indevida liquidação de Contribuição Industrial que lhe foi imposta pela 1ª Repartição de Finanças do Concelho de Cascais, em resultado de uma acção de fiscalização levada a cabo pelos respectivos Serviços.

2. Com efeito, em 1987, os Serviços de Fiscalização Tributária junto da aludida Repartição de Finanças apuraram que a reclamante, residente em Casal de Ermio, na Lousã, tinha efectuado, em 19.04.82, a venda de um prédio urbano que havia construído, sito no Bairro Fausto de Figueiredo, no Estoril, considerando tal alienação um acto isolado de natureza comercial, nos termos do disposto no art. 57º do Código da Contribuição Industrial.

3. Foi igualmente apurado, por outro lado, que a reclamante não havia apresentado a declaração modelo 3.

4. Assim sendo, foi-lhe fixada inicialmente uma matéria tributável de Esc. 600.000$00, ao abrigo do art. 66º do Código da Contribuição Industrial, a qual foi posteriormente corrigida, tendo sido definitivamente fixada em Esc. 400.000$00, após a apresentação das respectivas reclamações, ao abrigo dos arts. 70º e 72º do mesmo Código, tendo daqui resultado uma liquidação de Contribuição Industrial de Esc. 120.000$00.

5. A este valor foram acrescentados Esc. 20.000$00 de agravamento à colecta e Esc. 142.402$00 de juros compensatórios, perfazendo um total de Esc. 282.402$00.

6. A Sra. D..., por não concordar de forma alguma com a referida liquidação, não procedeu ao pagamento do imposto, o qual foi debitado para cobrança virtual em 22.12.87.

7. Em virtude de não ter sido efectuado o pagamento, foi a contribuição relaxada, tendo sido instaurado o respectivo processo, no qual foi prestada caução de Esc. 600.000$00, em 31.08.88, através da Companhia de Seguros Fidelidade.

8. Entretanto, nesse mesmo ano de 1988, a reclamante impugnou judicialmente

a liquidação de Contribuição Industrial em causa (relativa ao ano de 1982), através de articulado apresentado perante o Tribunal Tributário de 1ª Instância de Lisboa.

9. O processo resultante da mencionada impugnação encontra-se findo, tendo a mesma sido considerada procedente, por sentença de 10.11.92, que igualmente determinou que fosse anulada na sua totalidade a dívida de Esc. 282.402$00.

10. No seguimento desta decisão judicial, e após despacho de 13.04.93, do Chefe da 1ª Repartição de Finanças de Cascais, foi a caução de Esc. 600.000$00 liberada.

11. Convidado a pronunciar-se sobre a questão do eventual pagamento de juros indemnizatórios à reclamante, veio o Senhor Chefe da 1ª Repartição de Finanças de Cascais defender, em ofício datado de 14.06.93, que a Senhora D... não teria direito a tal pagamento, em virtude de o não haver solicitado no processo de impugnação.

12. Na realidade, a reclamante apenas solicitou, no processo em causa, a anulação da liquidação efectuada, não tendo o Tribunal, na sua decisão, feito qualquer referência a juros indemnizatórios, limitando-se a mandar anular a liquidação na sua totalidade.

13. Por outro lado, a 1ª Repartição de Finanças de Cascais veio ainda alegar, no mesmo ofício, que o art. 24º do Código de Processo Tributário (preceito legal cujo n.º 1 dispõe que "Haverá direito a juros indemnizatórios a favor do contribuinte quando, em reclamação graciosa ou processo judicial, se determine que houve erro imputável aos serviços") não se encontrava ainda em vigor na altura em que a liquidação foi impugnada, não podendo igualmente ser feito apelo ao disposto no Parágrafo 1º do art. 140º do Código da Contribuição Industrial (norma legal em vigor à data da impugnação, a qual dispunha, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 182/82, de 23 de Abril, que "Contar-se-ão juros de 18% ao ano a favor do contribuinte sempre que, estando paga a contribuição, a Fazenda seja convencida, em processo gracioso ou judicial, de que na liquidação houve erro de facto imputável aos serviços"), uma vez que neste caso não chegou a haver pagamento do imposto.

14. Posteriormente, em resposta a um pedido de esclarecimentos suplementares apresentado por este Órgão do Estado, veio o então Director-Geral das Contribuições e Impostos, em ofício datado de 15.12.94, reafirmar a posição expressa pela 1ª Repartição de Finanças de Cascais.

15. A argumentação expendida baseia-se essencialmente na negação da possibilidade de serem pagos à reclamante os juros previstos no Parágrafo 1º do art.

140º do Código da Contribuição Industrial, por não ter havido pagamento do imposto (e não podendo a caução, que teve por objectivo a suspensão da execução fiscal, ser-lhe equiparada), bem como os juros indemnizatórios previstos no art. 24º do Código de Processo Tributário, em resultado desta norma não se encontrar em vigor na altura em que se produziu o facto que estaria na origem do direito da Senhora D... aos referidos juros (erro imputável aos serviços).

16. É igualmente feita, no referido ofício, uma chamada de atenção para o problema da efectivação da responsabilidade da Administração por actos de gestão pública, prevista no Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967. Tal efectivação apenas se verificaria, na opinião do então Director-Geral das Contribuições e Impostos, através dos tribunais administrativos.

17. Acrescenta-se, aliás, no mesmo ofício, que, ainda que assim não fosse, sempre estaria neste caso inviabilizada a possibilidade de tornar efectivo o direito à indemnização previsto no Decreto-Lei n.º 48 051, uma vez que tal direito se encontra condicionado à impossibilidade de imputar o dano à falta de interposição de recurso contencioso de anulação ou à negligente conduta processual do lesado no recurso interposto.

18. Feita a síntese dos factos que estiveram na origem da queixa perante mim apresentada pela Senhora D..., bem como da posição perante os mesmos assumida pela então Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, cumpre agora passar à exposição dos motivos pelos quais considero dever ser a reclamante indemnizada pelos danos advenientes de uma negligente actuação da 1ª Repartição de Finanças de Cascais, a qual se consubstanciou, como inicialmente referi, numa indevida liquidação de Contribuição Industrial.

19. Convirá antes de mais salientar que não subsistem quaisquer dúvidas sobre a ilicitude da liquidação em análise. Tal realidade foi judicialmente reconhecida, tendo o Tribunal Tributário de 1ª Instância de Lisboa concluído que a venda efectuada pela reclamante jamais poderia constituir um facto tributário em sede de Contribuição Industrial, uma vez que a sua natureza jurídica não seria nunca a de acto de comércio (ainda que isolado), à luz das regras estabelecidas pelo Código Comercial.

20. Partindo daqui, e tendo em conta que a decisão judicial de anulação da dívida foi prontamente acatada pela 1ª Repartição de Finanças de Cascais, que de imediato arquivou o processo de execução fiscal que corria contra a reclamante, surge então por resolver apenas a questão da existência ou não neste caso de um direito da Senhora D... a ser de alguma forma compensada pelos prejuízos que para si resultaram da mencionada liquidação, designadamente através de um eventual

pagamento de juros indemnizatórios.

21. Comecemos por abordar o problema do art. 24º do Código de Processo Tributário. É também minha convicção que o referido preceito legal não é aplicável à situação em análise. No entanto, as razões que suportam esta convicção são distintas daquelas que estiveram na base da posição sobre este assunto assumida pela Direcção-Geral das Contribuições e Impostos em Dezembro de 1994.

22. Com efeito, e embora seja inegável que a norma em questão não se encontrava em vigor na altura em que ocorreu o facto que estaria na origem do direito da reclamante ao pagamento de juros indemnizatórios (o tal erro imputável aos serviços, que se consubstanciou, neste caso, numa indevida fixação de matéria tributável em sede de Contribuição Industrial, seguida da consequente liquidação), a verdade é que o art. 2º do Decreto-Lei n.º 154/91, de 23 de Abril, diploma que aprovou o Código de Processo Tributário, manda aplicar o referido Código aos processos pendentes no momento da sua entrada em vigor, em tudo quanto não for contrariado pelas outras normas desse mesmo Decreto-Lei preambular.

23. E, ao fazê-lo, não estabelece qualquer distinção entre normas processuais ou adjectivas e normas de direito substantivo, sendo por isso de concluir que todas elas se aplicam aos processos pendentes, desde que não contrariem, como já se referiu, o disposto no restante normativo do Decreto-Lei n.º 154/91.

24. Ora, não existindo neste caso qualquer colisão entre a disposição em causa e o preceituado no Decreto-Lei n.º 154/91, e tendo em atenção que o processo resultante da impugnação judicial da liquidação se encontrava ainda pendente em Julho de 1991, altura em que o Código de Processo Tributário entrou em vigor (a decisão de anulação da dívida da reclamante é datada de 10.11.92), não me parece que o argumento decisivo para afastar a aplicação da mencionada norma possa ser o da sua não vigência à data da produção dos danos na esfera da Senhora D...

25. O argumento decisivo para afastar neste caso a aplicação do art. 24º do Código de Processo Tributário deverá residir, na minha opinião, e tal como acontece na argumentação utilizada quanto ao art. 140º, Parágrafo 1º, do Código da Contribuição Industrial, no facto de não ter havido pagamento do imposto.

26. Não tendo havido, na realidade, pagamento do imposto, uma vez que não houve entrega de dinheiro ao Estado (houve apenas prestação de caução), não fará sentido, de facto, falar em direito a juros indemnizatórios.

27. Por outro lado, há que aceitar que, em termos estritamente jurídico-

formais, a prestação de caução não possa ser considerada equivalente ao pagamento do imposto, pelo que se admite o afastamento da possibilidade de aplicação a esta situação do disposto no art. 140º, Parágrafo 1º, do Código da Contribuição Industrial.

28. Compreende-se, pois, que a Senhora D... não tenha, no processo de impugnação, solicitado que lhe fossem pagos juros indemnizatórios. Nem faria, pelos motivos já apontados, sentido que o fizesse. Como não faria também sentido, aliás, pelos mesmos motivos, que fosse interposta uma acção autónoma na qual se pedisse o pagamento dos referidos juros.

29. Mas, será que a constatação de que à Senhora D... não são devidos juros indemnizatórios nos deverá conduzir automaticamente à conclusão de que à mesma não é devida nenhuma compensação por parte da Administração Fiscal? Será que deverá o direito da reclamante a ver de alguma forma compensados os prejuízos sofridos (pagamento de honorários ao advogado, pagamento do seguro de caução, deslocações, telefonemas, para além dos danos morais, sempre inevitáveis em situações deste género) por via, única e exclusiva, de uma clara actuação negligente da Administração Fiscal, ficar pura e simplesmente desprovido de qualquer tipo de tutela?

30. Penso que não. Creio que o problema pode ser solucionado com recurso ao Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967, cujo art. 2º, n.º 1, determina que "O Estado e demais pessoas colectivas públicas respondem civilmente perante terceiros pelas ofensas dos direitos destes ou das disposições legais destinadas a proteger os seus interesses, resultantes de actos ilícitos culposamente praticados pelos respectivos órgãos ou agentes administrativos no exercício das suas funções e por causa desse exercício".

31. Como já houve ocasião de verificar, a liquidação de Contribuição Industrial que nos vem ocupando consubstanciou-se num acto ilícito culposamente (procedimento negligente) praticado por um órgão administrativo em exercício de funções e por causa desse exercício, do qual resultaram evidentes prejuízos para a reclamante.

32. O que poderá então constituir neste caso obstáculo à aplicação do diploma acima mencionado? O facto da responsabilidade da Administração ali prevista apenas se poder efectivar através dos tribunais administrativos, na linha do defendido pelo então Director-Geral das Contribuições e Impostos no ofício de resposta a esta Provedoria datado de 15.12.94?

33. Não me parece. A Administração não está de forma alguma impedida de indemnizar um terceiro lesado, ao abrigo do disposto no art. 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 051, por sua livre iniciativa ou, por exemplo, no seguimento de uma Recomendação deste Órgão do Estado, ainda que não tenha havido qualquer intervenção dos tribunais administrativos.

34. O que se poderá defender é que só através dos tribunais administrativos é possível obrigar a Administração a indemnizar. No entanto, a não intervenção desses mesmos tribunais não impede que a Administração indemnize, especialmente quando flagrantes razões de justiça imponham tal procedimento.

35. Ora, apesar de a Senhora D... não ter solicitado o pagamento de juros indemnizatórios no processo de impugnação, nem ter interposto qualquer acção autónoma nesse sentido (o que, aliás, se compreende, atendendo ao que já atrás foi referido), configura este caso, sem dúvida alguma, uma daquelas situações em que razões de justiça material vivamente recomendam que a reclamante seja indemnizada.

36. Numa curta referência, por fim, ao argumento segundo o qual o direito à indemnização previsto no Decreto-Lei n.º 48 051 se encontra condicionado à impossibilidade de imputar o dano à falta de interposição de recurso contencioso de anulação ou à negligente conduta processual do lesado no recurso interposto, avançado pelo então Director-Geral das Contribuições e Impostos no já mencionado ofício de 15.12.94, direi apenas que o mesmo não se revela válido no caso em apreciação, visto não existir, como já houve ocasião de verificar, possibilidade dos danos sofridos pela Senhora D... serem imputáveis à falta de interposição de recurso contencioso de anulação ou à negligente conduta processual da reclamante no recurso interposto.

37. Ainda que se admita que o facto da reclamante não ter ainda recebido uma indemnização (e não juros indemnizatórios, aos quais, como já se viu, não teria direito) possa ser imputado a uma negligente conduta processual no âmbito da impugnação judicial da liquidação (o que não é de forma alguma pacífico, tendo em atenção que se levantam dúvidas sobre a sede própria para a apresentação do pedido

de indemnização), é forçoso constatar que o não pagamento dessa mesma indemnização não constitui concerteza o dano ao qual se refere o art. 7º do Decreto-Lei n.º 48 051, de 21 de Novembro de 1967. A indemnização irá neste caso funcionar somente como uma compensação face aos danos sofridos, pelo que o seu não pagamento apenas privará a reclamante dessa compensação, não constituindo de forma alguma o próprio dano (ou danos).

38. Nestes termos, em face de tudo quanto foi exposto, e não esquecendo que compete a este Órgão do Estado intervir não só em face de actuações ilegais dos poderes públicos, mas também naqueles casos em que os procedimentos, ainda que conformes à lei, se afiguram injustos,

Recomendo

a V. Exa. que, em obediência a elementares princípios de justiça material, seja paga à Senhora D... uma indemnização destinada a compensar a reclamante pelos prejuízos sofridos no período compreendido entre a data da liquidação e a data em que foi liberada a caução, na sequência da decisão judicial de anulação da dívida resultante da referida liquidação.

39. O valor da mencionada indemnização deverá corresponder ao valor total dos prejuízos materiais efectivamente suportados pela reclamante, o qual, de acordo com os cálculos pela mesma efectuados (documentos anexos), ascenderá ao montante de Esc. 152.629$00, acrescido de uma compensação pelos danos morais sofridos, cuja cifra reclamada pela Senhora D... (Esc. 300.000$00) se submete à consideração de V. Exa.

40. Permito-me ainda sugerir a V. Exa. que, para efeitos de verificação das despesas não documentadas, sejam directamente solicitados à reclamante os respectivos documentos comprovativos.

Do seguimento dado à presente Recomendação dar-me-á V. Exa. conhecimento, nos termos do disposto no art. 38º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.

Recomendação sem resposta

A Sua Excelência o
Ministro da Educação

R- 2530/94)
Rec. n.º 81/A/98
1998.12.28

I

1. Na sequência de reclamação apresentada nesta Provedoria de Justiça, relativa ao ressarcimento de danos decorrentes da demora no pagamento de dívidas a particulares, formulei a Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa a Recomendação n.º 33/A/97, de 29 de Abril, cuja cópia tomo a liberdade de anexar.

2. Dirigida, como referi, a Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa, foi-me enviada pela respectiva Chefe de Gabinete - o que não posso deixar de estranhar - uma "informação sobre a Recomendação", que igualmente anexo, e que pretenderá constituir resposta à mesma.

3.1. Contém tal "informação", sucinta, os alegados fundamentos de inexequibilidade da Recomendação supra referida, por falta de "enquadramento jurídico".

3.2. Na minha Recomendação pugnava pela ressarcibilidade dos prejuízos decorrentes para o queixoso do atraso com que lhe foram pagas quantias devidas, matéria sobre a qual foi recentemente proferida orientação concordante com a minha Recomendação por Sua Excelência o Ministro das Finanças, divulgada por todos os Serviços através de Despacho que tomo a liberdade de anexar.

4.1. Analisando, também sucintamente, os argumentos apresentados, cumpre esclarecer que existe inexecução ou incumprimento de uma obrigação quando o devedor, aquele que se encontra obrigado a praticar um determinado acto, nada faz, ou fá-lo tardiamente, denominando-se a falta de cumprimento temporária, mas ainda possível, por "mora", "atraso" ou "retardamento" (arts. 792º e segs. do Código Civil).

4.2. O dever de prestar, resulte de estipulação negocial ou da lei, quando violado, implica a responsabilidade do lesante pelos prejuízos que possam resultar da "mora" (ANTUNES VARELA, Das Obrigações em Geral, vol. I, Almedina,1989, p. 490).

4.3. Nas obrigações pecuniárias, a indemnização corresponde aos juros legais a contar do dia em que o devedor se encontrava obrigado a prestar, sendo idêntico o regime da obrigação de indemnização, independentemente da sua fonte legal ou contratual (art. 562º e segs. do Código Civil; vd PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Almedina, 1995, p. 41).

4.4. Não faz, pois, sentido o exposto no ponto 1 da referida "informação" enquanto fundamento por o não acatamento da minha Recomendação: ainda que se

tratasse de responsabilidade extra-contratual - e a questão está longe de ser pacífica na doutrina - nada há que a possa afastar no caso concreto.

5.1. Relativamente à invocação da ilegalidade do pagamento de juros a título de mora decorrente do regime de retroactividade do acto administrativo contido no art. 128º do Código de Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, cumpre-me afirmar a Vossa Excelência ser tal argumento dificilmente contraditável, por incompreensível (vd. n.º4 da referida "informação")...

5.2. É precisamente porque o acto administrativo que determina o pagamento é retroactivo que existe a separação temporal entre a constituição da obrigação de pagar e o seu efectivo cumprimento, separação essa que constitui a mora e que é, exactamente, o fundamento para o pagamento dos juros de mora.

6.1. A obrigação de pagamento de juros de mora, como obrigação de indemnizar que é, constitui, aliás, direito fundamental dos administrados, que vincula directa e imediatamente as entidades públicas (arts. 22º, 271º, 17º e 18º da Constituição da República Portuguesa), dispondo a Constituição que "O Orçamento é elaborado ....tendo em conta as obrigações decorrentes de lei ou de contrato" (art. 105º, n.º 2) e prevendo a lei que devem ser orçamentadas verbas para "compensação de danos causados a terceiros" (art. 1º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 74/70, de 2 de Março).

6.2. O exposto no ponto 2. da "informação" da Senhora Chefe de Gabinete representa, pois, a completa inversão da lógica que constitucional e legalmente preside às relações entre o Estado e os cidadãos nesta matéria, pelo que é obviamente inaceitável como fundamento para o não acatamento da minha Rercomendação n.º 33/A/97: se a verba não está cabimentada, a solução não é não pagar, mas sim providenciar pela cabimentação.

7. Parece-me por isso cristalino que, não só não existe qualquer impossibilidade jurídica de execução da Recomendação n.º 33/A/97, como os princípios gerais de Direito a impõem (vd documentos anexos, relativos à orientação seguida em idênticos casos pelo Ministério das Finanças).

III

Pelo exposto, não vislumbrando a pertinência das afirmações sobre a falta de enquadramento legal da Recomendação n.º 33/A/97, de 29 de Abril, é meu dever reiterá-la, e

Recomendo

que, de acordo com a orientação aceite pelo Ministério das Finanças, seja assumida a responsabilidade pelo pagamento ao Senhor Dr. M... dos juros, à taxa legal, respeitantes ao período que medeou entre o vencimento da obrigação e a data em que se procedeu ao efectivo pagamento das quantias em dívida para com o mesmo.

Recomendação acatada

2.2.2. Resumos de processos anotados

P-152/94

Assunto: Contribuições e Impostos. Sisa.

Objecto: Reconhecimento de isenção de imposto municipal de Sisa, prevista no art. 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho.

Decisão: O processo foi arquivado após a recomendação formulada ter sido acatada pelo Senhor Ministro das Finanças.

Síntese:

1. A reclamante afirmava ter obtido informações junto da Repartição de Finanças de Águeda, no sentido de a aquisição de parte indivisa do imóvel que pretendia concretizar estar isenta de pagamento do imposto municipal de Sisa, ao abrigo do disposto no art. 11º, n.º 22 do respectivo Código, pelo que seria desnecessário, para efeitos de obtenção daquele benefício fiscal, movimentar a conta-poupança emigrante de que era titular. Essa movimentação, em determinadas circunstâncias, também lhe garantiria a isenção de Sisa na referida aquisição.

A notária interveniente na escritura confirmou ter obtido informação idêntica junto da mesma Repartição de Finanças, pelo que a compra da parte do imóvel foi celebrada, tendo ficado consignada na escritura a mencionada isenção.

2. Posteriormente, a Repartição de Finanças de Águeda notificou a reclamante para pagamento do imposto referente àquela transmissão, alegando que, por se tratar de uma parte indivisa de imóvel, não estava compreendida no âmbito de aplicação do citado art. 11º, n.º 22.

Por seu turno, alegava a reclamante que, caso esta informação lhe tivesse sido facultada quando se dirigiu à Repartição de Finanças, teria optado por accionar o mecanismo previsto no art. 7º, do Decreto-Lei n.º 540/76, de 9 de Julho (nomeadamente utilizando o saldo da sua conta poupança-emigrante para efectuar o pagamento do imóvel), o qual lhe teria permitido beneficiar da isenção.

3. Foi formulada recomendação no sentido de ser reposta a situação que se verificaria caso a reclamante houvesse concretizado a sua intenção inicial de aproveitar a isenção do imposto municipal de Sisa, recomendação que foi integralmente acatada.

R-3124/95

Assunto: Finanças. Caixas de Crédito Agrícola Mútuo.

Objecto: Apreciação da constitucionalidade por desvio aos princípios cooperativos e da possível iniquidade de algumas normas do DL n.º 24/91, de11 de Janeiro (que aprovou o Regime Jurídico do Crédito Agrícola Mútuo e Caixas de Crédito Agrícola Mútuo) na redacção que lhe foi introduzida pelo DL n.º 230/95, de 12 de Setembro, bem como da eventual revogação daquelas normas pelo novo Código Cooperativo.

Decisão: O processo foi arquivado após se ter concluído, não só não haver qualquer inconstitucionalidade no que respeita aos artºs 1º e 3º do DL n.º 230/95, que deu nova redacção aos n.ºs 2 e 3 do artº 21º e ao artº 58º e que revogou ainda o artº 29º, todos do DL n.º 24/91, de 11 de Janeiro, como ainda, não se consubstanciarem aquelas alterações em qualquer iniquidade em desfavor das Caixas de Crédito Agrícola Mútuo. Concluiu-se igualmente não ter o novo Código Cooperativo operado a revogação das referidas normas.

Síntese:

1. A reclamante solicitou a intervenção do provedor de justiça no sentido de requerer ao Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral, de algumas das normas constantes do DL n.º 230/95, de 12 de Setembro, e subsidiariamente, a apreciação de eventual revogação daquelas normas.

2. Da análise do processo resultou não haver fundamento para a pretensão da reclamante. As alterações em causa, se se traduziram algumas, em desvios aos princípios cooperativos, esses desvios encontram-se plenamente justificados, atento o cada vez maior número de operações de cariz bancário permitidas às Caixas de Crédito Agrícola. Ao invés do que propugnava a reclamante, a análise efectuada da questão, apontaria, aliás, não para a inconstitucionalidade daquelas normas, mas para uma alteração do *nomen iuris* das Caixas de Crédito Agrícola.

3. De igual forma foi arredada a possibilidade de aquelas novas normas consubstanciarem qualquer tipo de iniquidade.

P-1279/96

Assunto: Contribuições e Impostos. Benefícios Fiscais. Imposto Automóvel.

Objecto: Isenção do imposto automóvel, relativamente aos veículos adquiridos no estrangeiro pelos participantes em missões de paz ou cooperação internacional e introduzidos no consumo por ocasião do seu regresso a Portugal.

Decisão: O processo foi arquivado após a recomendação formulada ter sido acatada pelo Governo, mediante a inclusão do respectivo teor na Proposta de Lei aprovada em reunião de Conselho de Ministros de 15 de Junho de 1998 e remetida à Assembleia da República para apreciação.

Síntese:

1. Na sequência do envio pelo Ministério das Finanças, do Título II do anteprojecto de codificação do Imposto Automóvel, foram suscitadas algumas dúvidas relativamente ao âmbito de aplicação daquele imposto no que dizia respeito aos participantes em missões a favor da paz ou de cooperação internacional, que à data do seu regresso a Portugal, introduzissem no consumo veículos adquiridos no estrangeiro no decurso da missão.

2. O facto do referido anteprojecto prever apenas a consagração de isenção de imposto relativamente a veículos adquiridos por militares, não concedendo idêntica prerrogativa aos elementos das forças de segurança participantes nas mesmas missões, bem como a ausência de mecanismo que permitisse alargar a isenção a participantes em missões já ocorridas, motivou um primeiro pedido de esclarecimentos à administração fiscal.

Quanto à primeira questão, as alterações entretanto introduzidas no anteprojecto pela administração fiscal, vieram colocar em plano de igualdade os militares e os elementos de forças de segurança.

No que diz respeito à questão da aplicação no tempo da isenção, foi formulada recomendação, demonstrando que a *ratio* da isenção do imposto automóvel na introdução no consumo de veículos adquiridos no estrangeiro, que já era aplicável a outros cidadãos nacionais, em nada diferia da *ratio*da isenção proposta para militares e elementos de forças de segurança, sendo certo que a data de 1 de janeiro de 1993 foi aquela que serviu de referência à última tentativa de harmonização legislativa nesta matéria.

3. Recomendou-se, por isso, que a isenção a consagrar reportasse os seus efeitos àquela data.

Face à expressa aplicabilidade do diploma aos "casos pendentes" prevista no anteprojecto, foi ainda sublinhada a necessidade de definir clara e inequivocamente aquele conceito, nele devendo ser incluídos todos os casos que, à data da entrada em vigor do diploma, não houvessem sido objecto de decisão final, administrativa ou judicial.

Por último, foi recomendado a fixação de um prazo razoável para efeitos de requerimento da mencionada isenção, por todos aqueles que não fossem parte em processos pendentes, independentemente dos respectivos casos concretos terem sido, anteriormente à entrada em vigor do diploma, objecto de indeferimento.

2.3.

Assuntos Sociais: educação, segurança social; saúde; menores e desporto

2.3.1. Recomendações

Ao
Exmo. Senhor
Secretário de Estado
da Segurança Social e Relações Laborais

R.1851/97
Rec. n.º 1/B/98
1998.02.05

1. O Secretariado Inter-Regional do Alentejo - C.G.T.P.-IN dirigiu-me uma reclamação relativa ao facto de o Conselho Regional do Centro Regional de Segurança Social do Alentejo, apenas ter reunido por duas vezes, em 27 de Outubro de 1995 e em 1 de Fevereiro de 1996, não tendo voltado a reunir desde esta última data.

2. Nessas circunstâncias, aquele Secretariado alega que as incumbências atribuídas àquele órgão não têm vindo a ser cumpridas.

3. Solicitadas informações ao Centro Regional de segurança Social do Alentejo quanto às razões pelas quais o órgão em causa não tem vindo a reunir, foi informado que tal facto resultava de um entendimento que merecera a concordância de Vossa Excelência, expresso num parecer de 7 de Maio de 1996, da Direcção Geral de Apoio Técnico à Gestão, do Ministério da Solidariedade e Segurança Social, elaborado a propósito da nomeação dos Membros do Conselho Regional do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo.

4. Nesse parecer diz- se a dado passo " que o Dec-Lei n.º 260/93, comporta uma lacuna, no que diz respeito à matéria em causa..." e conclui-se que "...só mediante um aperfeiçoamento legislativo, o membro do Governo responsável pela área da Segurança Social, estará habilitado a intervir na nomeação dos membros dos Conselhos Regionais...".

5. O enquadramento normativo da composição do Conselho Regional consta do

art.º 6º do Decreto-Lei n.º 260/93, de 23 de Julho, relevando desta disposição que se trata de um órgão de composição interdepartamental e de representatividade mista.

6. No que concerne aos membros que representam a Administração (para além do presidente do conselho directivo que preside ao Conselho por inerência de cargo) estabelece a mencionada disposição legal que os mesmos representam diversos membros do Governo, pelo que serão designados pelos respectivos titulares.

7. Neste contexto, pese embora o facto de as alíneas b), c) e d) do n.º 1 do art.º 6º não o referirem expressamente, entende-se que só os membros do Governo indicados têm competência para, mediante despacho, designar os seus representantes.

8. No caso dos representantes do Ministro do Emprego e da Segurança Social, a alínea e) do n.º 1 do citado art.º 6º é ainda mais explícita, ao indicar um representante para a área do emprego e formação profissional e outro para a área do trabalho, referindo já expressamente que cada um deles é designado pelo respectivo titular, reflectindo a repartição orgânica que então existia no Governo para estas áreas.

9. A questão que ora se coloca é a de saber se é necessário qualquer outro acto administrativo para " validar " na ordem jurídica as designações efectuadas, nomeadamente o recurso a qualquer mecanismo de nomeação ou provimento para que os membros designados por quem tem poderes para tal integrem de direito o Conselho Regional e possam exercer as competências que lhe estão legalmente cometidas.

10. Importa, porém, ter, desde logo, presente a natureza do órgão em causa. Trata-se, como se disse, de um órgão consultivo que emite pareceres e formula recomendações e cujos membros são elementos externos ao quadro de pessoal de cada centro regional e que, inclusivé, podem não ter e não terão muitas vezes o estatuto de funcionários públicos.

11. Ora, resulta conjugadamente dos arts. 5º e 6º do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, e do art.º 4º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro, que a nomeação é um dos actos unilaterais da Administração em que pode assentar a relação jurídica de emprego público, através do qual se preenche um lugar do quadro e se visa assegurar (...) o exercício de funções próprias do serviço público que revistam carácter de permanência e cuja eficácia está condicionada à aceitação por parte do nomeado.

Por sua vez, a "nomeação confere ao nomeado a qualidade de funcionário".

12. Quanto ao provimento, hoje apenas faz sentido falar nesta figura relativamente às comissões de serviço - cfr. art.º

5º do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro - uma vez que para as

demais situações foi abolido o provimento, revestindo as nomeações a forma de despacho - cfr. art.º 8º do Decreto-Lei n.º 427/89.

13. Com efeito, importa distinguir entre os conceitos de composição e constituição dos orgãos ou entre a nomeação dos seus membros e a investidura. Conforme explica o Prof. Freitas do Amaral (Manual de Direito Administrativo, I, pag. 596) a "composição" é o elenco abstracto dos membros que hão-de fazer parte do orgão colegial, uma vez constituído. Por seu turno, a "constituição" é o acto pelo qual os membros de um orgão colegial, uma vez designados, se reúnem pela primeira vez e dão início ao funcionamento desse orgão.

14. No caso vertente, prevendo a lei (expressa ou implicitamente) a forma de designação dos membros do Conselho Regional, o único passo em falta para que o orgão possa funcionar é a sua constituição ou aquilo que outros autores designam por "investidura" dos respectivos membros.

Para Esteves de Oliveira (C.P.A. Anotado, anot. ao art.º 14º, n.º 1) a investidura é feita pelo próprio orgão, se doutro modo não estiver estabelecido. Também o Prof. Marcello Caetano explica que "...quando o orgão colegial é formado por titulares periodicamente eleitos, importa que estes depois da eleição se reúnam e verifiquem os seus poderes procedendo à constituição do colégio.".

15. Por outro lado, há que evitar qualquer confusão entre a intervenção do Ministro do Emprego e da Solidariedade Social quanto à composição do orgão Conselho Regional e os poderes de tutela que o mesmo exerce sobre os Conselhos Directivos dos Centros Regionais.

Efectivamente, a tutela incide apenas sobre actos de gestão e só os praticam os Conselhos Directivos, já que os Conselhos Regionais, nos termos do art.º 7º do Decreto-Lei n.º 260/93, de 23 de Julho, são órgãos simplesmente consultivos.

16. Na verdade, não há aqui necessidade de recorrer aos poderes de tutela ou de superintendência.

No que expressamente se refere aos representantes do MESS, está inequívocamente atribuída competência para a sua designação, mediante despacho dos membros do Governo da área do trabalho e da área do emprego.

Poderão fazê-lo directamente ou acolhendo uma proposta, mediante a aposição de despacho de " concordo " ou " autorizo " ou " homologo " sendo que em qualquer destas formulações a entidade com poderes para designar aceita a sugestão apresentada por outro órgão e a converte em decisão sua e o conteúdo da

homologação ou da autorização é a da proposta homologada ou autorizada (veja-se o Manual de Direito Administrativo, do Prof. Marcelo Caetano, vol. I a pag. 462, 10º edição).

17. Assim entende-se que o poder legalmente conferido a diversos membros do Governo para designar os seus representantes no Conselho Regional é bastante para que os designados sejam membros de pleno direito deste órgão e possam exercer as competências que lhe estão cometidas.

E, nem se diga que seria necessário um despacho do então Ministro do Emprego e da Segurança Social, que exercia a tutela sobre os centros regionais de segurança social, a designar todos os membros já indicados por outros ministros.

Tal não resulta da lei, nem se poderia configurar como exigível, pois tal significaria que seria necessário o então MESS "confirmasse" mediante despacho as designações feitas por outros membros do Governo.

18. Entende-se, pois, que o mencionado art.º 6º estabelece não só a composição do Conselho Regional, como também a competência implícita das várias entidades públicas e privadas para a designação das pessoas que as representam.

Pelo que, uma vez designados pelos membros do Governo competentes os seus representantes, bem como os representantes das organizações que legalmente têm assento neste Conselho Regional, estará o mesmo constituído de facto e em condições de funcionar, exercendo as competências que lhe estão cometidas no art.º 7º do Decreto-Lei n.º 260/93.

Em face do exposto,

Recomendo

a V.Exa. que sejam criadas as condições necessárias ao funcionamento daquele órgão, nos diversos Centros Regionais de Segurança Social.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Senhor Secretário de Estado
da Segurança Social e Relações Laborais

R- 5772/96
Rec. n.º 2/B/98
1998.05.29

1. O Senhor S..., pensionista do Centro Nacional de Pensões, dirigiu-me uma reclamação onde alega, essencialmente, que pelo facto de ser pensionista por invalidez não pode exercer qualquer actividade remunerada.

2. Tal impossibilidade resulta, no caso concreto, do disposto nos arts. 57º, 58º e 59º do Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro.

3. Com efeito, a remuneração de referência tomada em consideração no cálculo da pensão deste pensionista é de 4.190.$00 (quatro mil cento e noventa escudos).

4. Ora, presente que seja o disposto no art.º 58º, n.º 1, do diploma legal acima referido, que estabelece como limite de acumulação o valor de 100% daquela remuneração de referência, facilmente se conclui que a possibilidade do exercício de qualquer actividade remunerada por parte do pensionista está praticamente afastada.

5. A opção adoptada pelo legislador no Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro, quanto à matéria não me parece coerente com o objectivo essencial que importa garantir nesta sede, o qual é, desde logo, apontado no art.º 57º, como sendo a reinserção sócio-profissional do pensionista, tendo em conta as respectivas capacidades remanescentes.

6. Esse objectivo é, aliás, reconhecido como tal no ofício n.º 7.441, de 8 de Maio de 1997, do Gabinete de Vossa Excelência dirigido a esta Provedoria de Justiça.

7. No entanto, como resulta demonstrado na situação do pensionista ora em causa, no âmbito da legislação actualmente em vigor, essa reinserção não me parece, que seja viável em muitos casos.

8. Efectivamente, se se atentar no valor da remuneração mínima mensal garantida por lei para a generalidade dos trabalhadores por conta de outrem (58.900$00, de acordo com o disposto no Decreto-Lei n.º 35/98, de 18 de Fevereiro) facilmente se concluirá que o exercício de uma actividade profissional por parte do exponente e de outros beneficiários em situação idêntica é, praticamente, impossível.

9. É, pois, por essa razão que importa adequar as normas legais em causa ao objectivo acima referido e, dessa forma, garantir a coerência do sistema.

10. Refira-se a este propósito Ilídio das Neves in "Direito da Segurança Social - Princípios Fundamentais Numa análise Prospectiva" (pags. 547) o qual diz que a natureza das pensões e a integração social dos reformados "...tornam inteiramente recomendável o exercício, pelos reformados, de uma actividade útil, tanto do ponto de vista estritamente social, como mesmo de âmbito laboral, adequadas às suas capacidades remanescentes, à sua preparação e experiências profissionais e à sua

motivação pessoal. Neste sentido, pode inclusivamente falar-se, em termos objectivos, nas potencialidades reabilitadoras da cumulação das pensões com rendimentos do exercício de actividade profissional.".

11. Note-se, aliás, que, face a esse imperativo, saber se o pensionista, em alguns casos, auferiria rendimentos superiores aos que recebia antes da situação invalidante se verificar, haverá que considerar-se questão de menor importância.

12. Sendo que, no entanto, entre essa possibilidade e a impossibilidade de a reinserção se poder verificar, me parece ser preferível a primeira.

13. Atentos os valores subjacentes ao estabelecimento de um valor considerado como remuneração mínima mensal garantida por lei para a generalidade dos trabalhadores por conta de outrem, parece-me que a coerência do regime passará pela adopção desse mesmo valor como limite para a acumulação ora em causa.

14. Na verdade, se se analisarem os regimes de acumulação que vigoraram num passado recente, verificar-se-à que essa solução nem sequer é inovadora:

14. 1. O Decreto-Lei n.º 410/74, de 5 de Setembro, com a redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 607/74, de 12 de Novembro, estabelecia como limite o valor correspondente ao vencimento de ministro.

15. O Decreto-Lei n.º 164/83, de 27 de Abril, estabelecia como limite 100% da remuneração que servira de base ao cálculo da pensão, não sendo, todavia, aplicável até à concorrência de duas vezes o valor da remuneração mínima garantida à generalidade dos trabalhadores.

16. Com efeito, apenas no dia 1 de Fevereiro de 1989, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 41/89, de 2 de Fevereiro, os limites da acumulação vieram a assumir a rigidez que ora se verifica, quando se previu que o limite da cumulação correspondesse a duas vezes o valor da remuneração média que serviu de base de cálculo da pensão, actualizado pela aplicação dos indíces estabelecidos em portaria anual de actualização.

17. O Decreto-Lei n.º 329/93, de 25 de Setembro, veio acentuar aquela rigidez ao estabelecer como limite 100% da remuneração de referência tomada em consideração no cálculo da pensão, actualizada pela aplicação do coeficiente previsto no respectivo art.º 35º.

18. A actual rigidez do regime de cumulação da pensão de invalidez com rendimentos do trabalho, para além de desconforme ao objectivo essencial que lhe deverá estar inerente, comporta ainda um grave inconveniente.

19. De facto, quando estão em causa rendimentos tão dramaticamente baixos, os beneficiários, para se eximirem a esse limite, podem ser levados a recorrer á

prestação de trabalho irregular, o qual comporta todos os inconvenientes conhecidos.

20. Acresce que, considero, também, injusto que alguém, em consequência de incapacidade permanente, não possa auferir na sua profissão mais de um terço da remuneração correspondente ao seu exercício normal, não possa trabalhar.

21. Em face do exposto,

Recomendo

a Vossa Excelência a introdução no actual regime de acumulação da pensão de invalidez com rendimentos do trabalho de um novo limite, o qual deverá corresponder ao valor da remuneração mínima mensal garantida por lei para a generalidade dos trabalhadores por conta de outrem

Recomendação acatada (efeitos futuros)

A
Sua Excelência
o Senhor Ministro das Finanças

R-4910/97
Rec. 3/B/98
1998.06.18

1. No âmbito da instrução de um processo aberto neste órgão do Estado, apurou-se que os funcionários do Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro - Rovisco Pais(adiante designado como CMRRC-Rovisco Pais), se encontram numa situação de desprotecção na assistência à saúde, uma vez que a ADSE se recusa a considerá-los seus beneficiários de plenos direitos, não liquidando as comparticipações das despesas que para o efeito lhe vão sendo apresentadas.

2. Esta situação verifica-se desde a entrada em vigor do D.L. n.º 203/96, de 23/10, o qual veio extinguir o Hospital Rovisco Pais (art. 3º) e criar o referido CMRRC-Rovisco Pais. Este último manteve, no entanto, o mesmo estatuto jurídico de "pessoa colectiva de direito público dotada de autonomia administrativa e financeira" (art. 1º, n.º 1), sendo-lhe supletivamente aplicáveis as disposições legais relativas aos estabelecimentos hospitalares do Serviço Nacional de Saúde (art. 1º, n.º 2), nomeadamente no que concerne às comparticipações nos encargos com a assistência na saúde dos seus funcionários (art. 2º, n.º 3, do D.L. n.º 19/88, de 21/1, o qual estabelece, para os hospitais, a dispensa do pagamento de tais encargos e que são exigíveis à generalidade dos outros organismos autónomos).

3. A ADSE, em defesa da sua posição, invoca que só está obrigada ao cumprimento do disposto no D.L. n.º 118/83, de 25/2 (diploma que rege o esquema de benefícios cuja comparticipação é assegurada por aquele subsistema) e que o seus arts. 4º e 64º determinam que a ADSE só poderá assumir o pagamento das prestações devidas por um organismo autónomo (caso do CMRRC-Rovisco Pais) mediante a celebração de um acordo prévio com a entidade em causa, sem dispensa de liquidação de encargos (condicionalismo este que o CMRCC-Rovisco Pais não aceita). Mais alega a ADSE que o disposto no n.º 3, do art. 2º do D.L. n.º 19/88, de 21/01, não é susceptível de ser aplicado, uma vez que os diplomas legais aí referidos se encontram há muito revogados (permito-me juntar fotocópia dos ofícios emanados pela ADSE nos quais transparece a posição assumida por aquela entidade sobre o assunto).

4. Ora, verifica-se efectivamente que o D.L. n.º 203/96, de 23/10, não regulou especialmente a matéria relativa à comparticipação nos encargos com a assistência na saúde dos funcionários CMRRC-Rovisco Pais, pelo que na falta de disposição expressa nesse sentido, é aplicável o regime jurídico dos hospitais (D.L n.º 19/88, de 21/1), o qual, no seu art. 2º, n.º 3 dispõe[24]: "A autonomia financeira a que se refere o n.º 1 do presente artigo não prejudica o direito dos funcionários hospitalares de serem beneficiários da Assistência na Doença aos Servidores Civis do Estado, prevista no Decreto Lei n.º 45002, de 27 de Abril de 1963 e Decreto Lei n.º 45688, de 27 de Abril de 1964, com dispensa das indemnizações por despesas previstas na parte final do art. 4º do último diploma citado" [25].

5. É certo que nos termos do disposto no art. 4º do D.L. n.º 118/83, de 25/2 (novo regulamento da ADSE), "o pessoal dos organismos dotados de autonomia administrativa e financeira (...) só poderá adquirir a qualidade de beneficiário titular se, cumulativamente:

a) os respectivos organismos tiverem celebrado um prévio acordo com a ADSE onde serão fixadas as condições respeitantes à atribuição dos benefícios assegurados pela ADSE;

b) não beneficiarem como titulares de qualquer outro regime de natureza igual

[24] Esta norma é em tudo idêntica à que já constava do D.L. nº 129/77, de 2.04 (com a redacção que lhe foi dada pelo D.L. nº 476/77, de 14/11), diploma que veio estabelecer a autonomia administrativa e financeira dos hospitais e, entretanto, revogado pelo próprio D.L. nº 19/88.

[25] O D.L. nº 45688, de 27.04.64 (antigo regulamento da ADSE que entretanto foi revogado pelo D.L. nº 118/83, de 25/2), no seu art. 4º, reconhecia também como beneficiários da ADSE "... os servidores dos organismos autónomos dotados de autonomia administrativa e financeira (...), sem prejuízo de esses organismos indemnizarem a ADSE das despesas feitas com o seu pessoal,em condições a fixar por despacho do Ministério das Finanças". Esta mesma norma veio a ser acolhida pelo novo regulamento da ADSE (D.L. nº 118/83, de 25/2).

ou semelhante ao da ADSE;

c) os respectivos organismos assegurarem pelas verbas inscritas nos seus orçamentos privativos os encargos resultantes da aplicação do previsto na al. a);

d) concorrerem a favor da ADSE a título de comparticipação nas despesas da Administração com um quantitativo anual por beneficiário inscrito, quer titular quer familiar fixado por despacho do Ministro de Estado e das Finanças e do Plano".

6. Contudo, se é certo que este regime do art. 4º do D.L. n.º 118/83, de 25/2 é aplicado à generalidade dos organismos autónomos, não menos certo é que sofre uma excepção no caso dos hospitais ou estabelecimentos similares, de acordo com legislação que especialmente regula esta matéria (art. 2º, n.º 3, do D.L. n.º 19/88 e art. 1º, n.º 2, do D.L. n.º 203/96) e à qual a ADSE também está vinculada.

7. E tanto assim é que a ADSE tem reconhecido à generalidade dos estabelecimentos hospitalares do país o direito de isenção de encargos, não lhes exigindo a celebração de qualquer acordo. Aliás, de facto reconhece aos funcionários dos hospitais a qualidade de beneficiários de plenos direitos, liquidando-lhes as respectivas comparticipações nas despesas de saúde.

8. Como V.Exa. compreenderá, não cabe aqui pronunciar-me sobre o mérito da norma constante do referido art. 2º, n.º 3, do D.L. n.º 19/88, de 21/1 e, consequentemente, sobre o regime de excepção que dessa norma resulta para os hospitais e estabelecimentos similares (como o CMRRC-Rovisco Pais). Assim, perante o quadro legal existente, é com natural perplexidade que encaro a posição assumida pela ADSE perante o CMRRC-Rovisco Pais.

8.1. Em primeiro lugar, não pode ignorar-se que o CMRRC-Rovisco Pais se rege, na parte não prevista no D.L. n.º 203/96, "... pelas disposições legais aplicáveis aos estabelecimentos hospitalares do Serviço Nacional de Saúde" (art. 1º n.º 2), pelo que não existindo qualquer norma legal que regule especialmente a situação dos encargos com a saúde dos funcionários daquela instituição, aplica-se automaticamente o disposto no referido art. 2º, n.º 3, do D.L. n.º 19/88. Acresce, aliás, que a situação do pessoal daquele estabelecimento público de saúde se encontra claramente definida no próprio art. 4º do D.L. n.º 203/96, o qual transitou, "na mesma situação", do Hospital de Rovisco Pais para o CMRRC-Rovisco Pais. Ora, se antes da criação do CMRRC-Rovisco Pais, a ADSE suportava os encargos com a saúde dos

respectivos funcionários e se a ADSE continua a assegurar tais encargos com os funcionários dos diferentes estabelecimentos hospitalares do país, não se compreende - nem com justiça se pode aceitar - que a ADSE se recuse a fazê-lo, agora, no caso do CMRRC-Rovisco Pais. Afinal, esta última entidade goza da mesma autonomia administrativa e financeira que os restantes estabelecimentos hospitalares do país (cfr. art. 1º, n.º 1 do D.L. n.º 203/96 e art. 2º, n.º 1, do D.L. n.º 19/88). Não se compreende nem se aceita a existência desta dualidade de critérios por parte da ADSE.

8.2. Em segundo lugar, não procede o argumento invocado pela ADSE no sentido de que o art. 2, n.º 3, do D.L. n.º 19/88 não é aplicável , uma vez que o mesmo remete para legislação revogada. É certo que à data da publicação do D.L. n.º 19/88 (ou seja, em 21.01.1988) o D.L.n.º 45002, de 27.04.63 e o DL n.º 45688, de 27.04.64, a que se alude naquele diploma, já se encontravam revogados. Contudo, só por mero lapso se pode compreender o facto de o legislador ter referido diplomas legais que à data se encontravam revogados, uma vez que parece inequívoca a intenção e o espírito do legislador, no sentido da não aplicação aos hospitais do dever de indemnização à ADSE pelos encargos com a saúde dos seus funcionários. A não ser assim, qual o sentido útil do n.º 3 do art. 2º do D.L. n.º 19/88?

Como já tive oportunidade de referir, a norma em causa foi literalmente transposta do D.L. n.º 129/77, de 2.04 (com a redacção dada pelo D.L. n.º 476/77, de 14/11), quando ainda estavam em vigor os referidos D.L.n.º 45002, de 27.04.63 e DL n.º 45688, de 27.04.64. Estes vieram a ser revogados e substituídos, respectivamente, pelo D.L. n.º 476/80, de 15/10 e pelo D.L. n.º 118/83, de 25/2 que, sobre esta matéria específica, nada de novo acrescentaram ao estipulado nos diplomas legais revogados.

Assim, conclui-se facilmente pela existência de lapso grosseiro na redacção do referido art. 2º, n.º 3, do D.L. n.º 19/88: o texto da lei não encontra clara correspondência no espírito do legislador, sendo certo que este, porém, pretendeu manter o mesmo regime (até então vigente) de isenção de encargos para os hospitais e instituições similares. Assim, tendo em atenção o disposto no art. 9º do Código Civil, bastará o simples recurso a uma interpretação correctiva da referida norma para se alcançar o escopo real e final da mesma[26]. Na interpretação das leis tem de partir-se

[26] "O sentido decisivo da lei coincidirá com a vontade real do legislador sempre que esta seja clara e inequivocamente demonstrada através do texto legal, do relatório do diploma ou dos próprios trabalhos preparatórios da lei" (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, T. I, 4ª ed., pág. 58). Ou, como refere MANUEL DE ANDRADE (Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis): "O escopo final a que converge todo o processo interpretativo é o de pôr a claro o verdadeiro sentido e alcance da lei; interpretar em

do pressuposto que o legislador não cria normas inúteis e sem sentido. Ora, a posição da ADSE sobre o assunto fica necessariamente confrontada com este problema e irremediavelmente prejudicada pela tábua rasa que faz da aplicação do art. 9º do Código Civil. Para além da incongruência em que a sua própria actuação se traduz, uma vez que perante uma mesma norma jurídica utiliza uma dualidade de critérios na sua aplicação: aos hospitais propriamente ditos não exige a celebração de qualquer acordo nem os encargos previstos no art. 4º do D.L. n.º 118/83, reconhecendo os respectivos funcionários como beneficiários de plenos direitos; ao CMRRC-Rovisco Pais, com o mesmo estututo jurídico dos hospitais e a quem é aplicável o mesmo regime (cfr. art. 1º, n.º 2, do D.L. n.º 203/96, de 23/10), já a ADSE não reconhece tal direito.

9. Como V.Exa. por certo compreenderá, a situação de desprotecção na saúde que entretanto se verifica com os funcionários do CMRRC-Rovisco Pais revela-se, assim, preocupante, urgindo, por isso, que a legalidade e a justiça sejam repostas. Assim sendo, ao abrigo do disposto no art. 20º, n.º 1 al. b) da Lei n.º 9/91, de 9/4, e considerando a urgência que a resolução da situação de desprotecção social impõe,

matéria de leis, quer dizer não só descobrir o sentido que está por detrás da expressão, como também, de entre as várias significações que estão cobertas pela expressão, eleger a verdadeira e decisiva". Também BAPTISTA MACHADO (Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 1983, p. 189) refere: "Pode ter de proceder-se a uma interpretação extensiva ou restritiva ou mesmo a uma interpretação correctiva da lei, mas mesmo neste último caso será necessário que do texto 'falhado' se colha pelo menos indirectamente uma alusão àquele sentido que o intérprete venha a acolher como resultado da interpretação. E mesmo quando se socorre de elementos externos o sentido só poderá valer se for possível estabelecer alguma relação entre ele e o texto que se pretende interpretar".

Recomendo

a) que seja estabelecida uma interpretação correctiva do art. 2º, n.º 3 do D.L. n.º 19/88, no sentido atrás exposto, por forma a assegurar que essa norma seja efectivamente aplicada pela ADSE;

b) que, em conformidade como o disposto no art. 1º, n.º 2 do D.L. n.º 203/96, de 23/10 - e em face da interpretação correctiva recomendada na al. a) - sejam transmitidas aos serviços da ADSE as necessárias instruções por forma a que os funcionários do Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro - Rovisco Pais tenham, por parte da ADSE, idêntico tratamento àquele que é assegurado aos funcionários dos restantes estabelecimentos hospitalares do país;

c) que sejam transmitidas aos serviços da ADSE as necessárias instruções por forma a que sejam pagas todas as legais comparticipações das despesas de saúde que os funcionários do Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro - Rovisco Pais entretanto apresentaram e foram recusadas pela ADSE, bem como as comparticipações relativas a despesas futuras.

A
Sua Excelência
o Senhor Ministro das Finanças

R-4910/97
Rec. n.º 3/B/98
1998.06.18

Em 18 de Junho de 1998 dirigi a Vossa Excelência a Recomendação n.º 3/B /98 sobre o assunto supra referenciado.

Através do ofício com a referência n.º 2593 (procº 41 / Ent. 9758/98), datado de 14 de Dezembro de 1998, proveniente do gabinete de Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento, fui informado do não acatamento da referida recomendação, através de um despacho daquele membro do Governo sustentado por um parecer emitido, para o efeito, pela Direcção-Geral de Protecção Social aos Funcionários e Agentes da Administração Pública.

Contudo, face à gravidade da situação criada aos funcionários do CMRRC-Rovisco Pais e à incongruência dos fundamentos sustentados no parecer que enformou o despacho do Senhor Secretário de Estado do Orçamento, venho, por este meio, formular a reiteração da minha Recomendação, o que faço nos termos e com os fundamentos seguintes:

1. O parecer que sustenta o despacho de concordância do Senhor Secretário de Estado do Orçamento assenta, em síntese, nos seguintes pressupostos:

1.1. A interpretação correctiva não é admitida pelo nosso sistema jurídico ou, pelo menos, a admitir-se, a mesma não é susceptível, por si só, de resolver o caso concreto do CMRRC-Rovisco Pais.

1.2. O D.L. n.º 118/83, de 25/2 revogou o D.L. n.º 45688, de 27/04/64, apresentando uma formulação para o problema diferente da que constava do diploma legal revogado.

1.3. O D.L. n.º 118/83, de 25/2, que regulamenta o funcionamento e o esquema de benefícios da ADSE, já estava em vigor à data da publicação do D.L. n.º 19/88, de 21/1, relativo ao estatuto dos hospitais do Serviço Nacional de Saúde.

1.4. Em nenhuma circunstância deixou de ser assegurada a assistência na saúde aos funcionários do CMRRC-Rovisco Pais através dos hospitais públicos e dos médicos convencionados.

2. Considerando que são os legítimos interesses dos funcionários do CMRRC-Rovisco Pais que estão em causa, começo por me debruçar sobre o último dos argumentos avançados pela ADSE. Como referi, entende esta instituição que àqueles funcionários está garantida a protecção na saúde através dos hospitais públicos e dos médicos convencionados. Contudo, resulta à evidência que os mesmos estão excluídos do exercício do direito à assistência em regime livre (a ADSE admite-o implicitamente, o que, aliás, é corroborado pelas informações recolhidas no âmbito da instrução do processo existente neste órgão do Estado, segundo as quais a ADSE estaria a devolver aos funcionários em causa todos os recibos de despesa de saúde, recusando-se, consequentemente, a comparticipá-los). Esta restrição imposta pela ADSE é discriminatória e, por isso, abusiva. Efectivamente, ao contrário dos outros funcionários e agentes da Administração Pública, os funcionários do CMRRC-Rovisco Pais, descontando mensalmente para a ADSE o mesmo que a generalidade dos outros trabalhadores da função pública, vêem-se impedidos de recorrer ao regime livre da assistência na saúde. Mas tal restrição é ainda discriminatória face aos funcionários dos hospitais públicos, com o mesmo estatuto que os funcionários do CMRCC-Rovisco Pais (art. 1º, n.º 2, do D.L. n.º 203/96, de 23/10), a quem é reconhecido, na prática, a cobertura total por parte da ADSE, o que esta não deixa de reconhecer no seu parecer: "(...) a ADSE sempre tem contestado a aplicabilidade da norma constante do n.º 3 do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 19/88, 21 de Janeiro no que toca aos hospitais do Serviço

Nacional de Saúde, mau grado a situação de facto existente (...) ". Afinal, de acordo com os critérios da ADSE, uma mesma norma jurídica (art. 2º, n.º 3, do D.L. n.º 19/88, de 21/1) é susceptível de criar aos seus destinatários dois tratamentos diferenciados. Conclui-se, assim, que os princípios da legalidade, da igualdade e da justiça, são irrelevantes e perfeitamente contornáveis para a ADSE, tendo em atenção os seus interesses (que não o próprio interesse público) e não os interesses dos beneficiários que para ela descontam.

3. A minha Recomendação apontava de facto para que fosse adoptada a interpretação correctiva do art. 2º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 19/88, de 21/1, aplicável ao CMRRC-Rovisco Pais por força do disposto no art. 1º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 203/96, de 23/10. Ao contrário do que refere a ADSE, a interpretação correctiva não está excluída do nosso sistema jurídico (art. 9º do Código Civil). A doutrina dominante assim se pronuncia, o que a ADSE não deixa, aliás, de reconhecer no seu parecer. Para além da doutrina citada na minha Recomendação, bastará também acompanhar o pensamento de BAPTISTA MACHADO[27]: "A letra (o enunciado linguístico) é, assim, o ponto de partida. Mas não só, pois exerce também a função de um limite, nos termos do art. 9º, 2; não pode ser considerado como compreendido entre os sentidos possíveis da lei aquele pensamento legislativo (espírito, sentido) 'que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso'. Pode ter de proceder-se a uma interpretação extensiva ou restritiva, ou até porventura a uma interpretação correctiva, se a fórmula verbal foi sumamente infeliz, a ponto de ter falhado completamente o alvo. Mas, ainda neste último caso, será necessário que do texto "falhado" se colha pelo menos indirectamente uma alusão àquele sentido que o intérprete venha a acolher como resultado da interpretação".

4. É certo que à data da publicação do D.L. n.º 19/88 (ou seja, em 21.01.1988) o D.L.n.º 45002, de 27.04.63 e o DL n.º 45688, de 27.04.64, a que se alude naquele diploma, já se encontravam revogados. Contudo, conforme tive oportunidade de referir na Recomendação, só por mero lapso se pode compreender o facto de o legislador ter referido diplomas legais que à data se encontravam revogados, uma vez que parece inequívoca a intenção e o espírito do legislador, no sentido da não aplicação aos hospitais do dever de indemnização à ADSE pelos encargos com a saúde dos seus funcionários. A não ser assim, qual o sentido útil do n.º 3 do art. 2º do D.L. n.º 19/88? Não parece oferecer quaisquer dúvidas que a *ratio legis* da norma jurídica em causa é a de permitir que, não obstante o facto de serem entidades públicas dotadas de

[27] "Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador", Almedina, 1983, p. 188 e seguintes.

autonomia administrativa e financeira, os hospitais e estabelecimentos similares (como o CMRRC-Rovisco Pais) estariam dispensados do pagamento das indemnizações à ADSE relativas às despesas de saúde dos respectivos funcionários. Ou seja, o legislador, através de uma formulação imperfeita quis pura e simplesmente manter o quadro de excepção para aquele tipo de entidades[28]. O n.º 3 do art. 2º do D.L. n.º 19/88 mais não é do que uma norma excepcional face ao regime geral consagrado no D.L. n.º 118/83 (concretamente no seu art. 4º), sobrepondo-se, como e enquanto norma excepcional, à norma geral insíta no referido art. 4º do D.L. n.º 118/83. A ADSE deve-lhe, por isso, total obediência. E se é certo que a ADSE admite, na prática, a aplicabilidade de tal norma aos hospitais públicos, já outro tanto não se verifica, infundadamente, com o CMRRC-Rovisco Pais que detém o mesmo estatuto que os hospitais públicos (art. 1º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 203/96, de 23/10). Face ao exposto, também é destituído de qualquer relevância o argumento expendido pela ADSE referido em síntese no ponto 1.3. deste ofício, ou seja, face à natureza excepcional da norma em causa (art. 2º, n.º 3, do D.L. n.º 19/88), carece de total relevância que o D.L. n.º 118/83 (que regulamenta os benefícios da ADSE) já estivesse em vigor à data da publicação do aludido D.L. n.º 19/88. Aliás, ao contrário da conclusão que a ADSE procura retirar, o facto de a norma em crise ser não só posterior mas também excepcional, permite que se entenda, por maioria de razão, que ela se sobrepõe às normas gerais constantes do D.L. n.º 118/83.

5. Como tive oportunidade de referir na minha Recomendação, não está em causa pronunciar-me sobre a bondade ou o mérito da norma de excepção contida no aludido n.º 3 do art. 2º do D.L. n.º 19/88. Ela existe no nosso ordenamento jurídico e como tal a sua observância é incontornável. Na resposta à minha Recomendação, o parecer da ADSE refere que a norma em causa está a ser objecto de reapreciação por parte das respectivas Tutelas, mas tal não tem a virtualidade de afastar a sua aplicabilidade enquanto a mesma estiver em vigor.

6. Face a todo o exposto, e como Vossa Excelência por certo compreenderá, a fundamentação apresentada para o não acatamento da minha Recomendação não é

[28] Demonstra-se, por isso, como totalmente irrelevante, o argumento expendido pela ADSE referido em síntese no ponto 1.2. deste ofício. A formulação para o problema dos organismos autónomos constante do D.L. nº 45688, de 27.04.64, não é substancialmente diversa daquela que veio a ser acolhida pelo D.L. nº 118/83, de 25.02, que o revogou. De qualquer modo, mesmo que o fosse tal não teria a virtualidade de se sobrepor ao disposto no art. 2º, nº 3, do D.L. nº 19/88, dada a natureza da norma jurídica em causa: excepcional e posterior. Afinal, bem ou mal - não me cabe aqui apreciar -, o legislador quis excluir aquelas entidades da regra geral da comparticipação nos encargos com as despesas de saúde.

razoável e, em última instância, ignora a clara violação dos princípios da legalidade, da justiça e da igualdade por parte da ADSE. Justifica-se, assim, que

Reitere

a Vossa Excelência a Recomendação n.º 3/B/98, por forma a que seja resolvido o grave problema vivido pelos funcionários do CMRRC-Rovisco Pais que merecem assistência idêntica à que é assegurada aos funcionários dos restantes hospitais públicos.

Com o pedido de que, com a máxima brevidade possível, me seja comunicada a posição que vier a ser assumida relativamente à presente reiteração da Recomendação n.º 3/B/98 (art. 38º, n.ºs 2 e 3, da Lei n.º 9/91, de 9/4), apresento a Vossa Excelência os meus melhores cumprimentos.

Recomendação sem resposta
(pedido de parecer ao Conselho Consultivo da PGR)

Ao
Exmo. Senhor
Presidente do Conselho de Administração
da Caixa Geral de Aposentações

R-1379/95
Rec. n.º 6/B/96
1998.02.22

1. Um grupo significativo de indivíduos dirigiu-me diversas reclamações, que têm em comum a questão da não atribuição de pensões de aposentação a funcionários e agentes da ex-administração ultramarina que perderam a nacionalidade portuguesa. Reclamam, essencialmente, da circunstância de essa Caixa não estender a todos os casos similares a solução uniformemente preconizada pelo Supremo Tribunal Administrativo, no sentido da inexigibilidade do requisito da nacionalidade portuguesa.

2. Indagada das razões de tal procedimento, alegou essa Caixa que a aposentação é uma relação jurídica dependente da relação de emprego público, pelo que, se a privação da cidadania nacional implica a perda do respectivo estatuto funcional, também deverá determinar a extinção do vínculo de aposentação.

3. Mais invoca que no Decreto-Lei n.º 362/78, de 28.11, que previu a atribuição das aludidas pensões, não se referiu expressamente a aplicabilidade do art. 82º do Estatuto da Aposentação (que determina a extinção da situação de aposentação em virtude da perda de nacionalidade portuguesa, quando esta é requisito do exercício das funções pelo que o interessado foi aposentado.) por se mostrar "desnecessário" e,

ainda, que a aceitação da tese dos reclamante conduziria a situações de desigualdade.

4. Não se questiona a necessária dependência entre a relação funcional de emprego público e a relação de aposentação, nem que, sendo a nacionalidade exigida para o exercício do cargo, a sua perda implique a extinção da situação de aposentação. Este é o regime geral, previsto no art. 82º do Estatuto de Aposentação. Sucede, porém, que a sua invocação é destituída de sentido no caso que nos ocupa, porquanto este reveste natureza especial.

Como bem se salienta no acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de Maio de 1994 (recurso n.º 33.227), "é que o mesmo legislador, consciente de que um grande número de funcionários e agentes da ex-administração ultramarina perdera a nacionalidade portuguesa - até então e pela legislação vigente eram portugueses - quando as ex-colónias ascenderam à independência e que nem todos tinham as condições legalmente exigidas para o ingresso no quadro geral de adidos, procurou com os citados diplomas atender a uma situação excepcional, resultante da perda da nacionalidade portuguesa, ex vi do disposto no art. 4º do Decreto-Lei n.º 38-A/75, de 24.6".

5. É, aliás, no próprio Decreto-Lei n.º 365/78, de 28.11. que se reconhece ter sido levada em conta a "impossibilidade de ingresso no quadro geral de adidos, por não reunirem para tal as condições legalmente exigidas, de agentes da antiga administração ultramarina que, no entanto reúnem as condições de facto para a aposentação". Ora, a manutenção da nacionalidade portuguesa era um dos requisitos para o ingresso naquele quadro de funcionários e agentes da ex-administração ultramarina, conforme resulta do disposto no art. 17º, n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 294/76, de 24.4. (condição que se maneteve na alteração do preceito introduzida pelo Decreto-Lei n.º 819/76, de 12.11).

E, mais tarde, quando pelo Decreto-Lei n.º 210/90, de 27.6. se extinguiu a faculdade de requerimento das pensões em causa a todo o tempo, não deixou de se reafirmar a relação entre a atribuição de tais prestações e a impossibilidade de ingresso no quadro geral de adidos (entretanto extinto pelo Decreto-Lei n.º 42/84, de 3.2.) e de se qualificar a medida do Decreto-Lei n.º 362/78 como revestindo "carácter temporário e excepcional" (cfr. preâmbulo).

6. Do reconhecimento do carácter especial ou excepcional da situação dos funcionários e agentes da ex-administração ultramarina que perderam a nacionalidade portuguesa resultam duas evidentes consequências.

Por um lado, a de que não é correcto concluir-se ter o legislador sentido como desnecessária a referência ao art. 82º quando no art. 1º, n.º.2, do Decreto-Lei n.º 362/78 determinou a aplicabilidade de normas específicas do Estatuto da Aposentação. A presunção de que o legislador se exprime com clareza e de modo correcto impõe considerar que este não pretendeu a aplicação do art. 82º às situações reguladas no diploma, tanto mais que as mesmas se revestiam de natureza especial.

Por outro lado, é forçoso concluir que não há que falar em desigualdade provocada pela inexigibilidade da nacionalidade portuguesa para a atribuição de pensões de aposentação nos casos descritos. A sua especificidade torna materialmente diferentes as situações, desse modo reclamando um tratamento diferenciado.

7. Já será legítimo invocar o princípio da igualdade para reputar inaceitável o procedimento dessa Caixa de não conferir idêntico tratamento a todas as situações de aposentação de funcionários e agentes da ex-administração ultramarina. Na verdade, têm sido executadas as decisões judiciais no sentido da atribuição de pensões de aposentação a quem perdeu a nacionalidade portuguesa, sem que a Caixa confira idêntico tratamento a todos os casos não submetidos a juízo ou cuja decisão judicial ainda não é conhecida. Sendo, ainda, de salientar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo tem sido uniforme no sentido exposto.

8. Tratar-se-á, aqui, das implicações do princípio da igualdade no plano da autovinculação da Administração a decisões anteriores. Será oportuno, neste ponto, atender às consideraçãoes de ESTEVES DE OLIVEIRA ([29]) sobre a matéria:

> "Para que possa falar-se em regra do precedente no seio da actividade administrativa, são necessários, na verdade, requisitos positivos e negativos.
>
> Os primeiros consistem na identidade subjectiva - as actuações (precedente e actual) têm que provir do mesmo órgão ou dos seus sucessores legais nessa competências -, na identidade objectiva - os elementos objectivos das duas situações (pressupostos, procedimento e a forma) têm que ser similares - e na identidade normativa das situações em apreço, ou seja, na identidade da respectiva disciplina jurídica.
>
> Ao invés, são seus requisitos negativos, o facto de a decisão precedente não ser contrária ao interesse público actual e de não ser ilegal (não há, como se disse, em caso de ilegalidade, direito a tratamento igual)".

9. Não há dúvida de que, no caso em análise, se encontram preenchidos os requisitos indispensáveis para se exigir da Administração o respeito da conduta

precedente. E, perante a citada jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Administrativo, não invoque essa Caixa que são ilegais as atribuições de pensões a ex-funcionários ultramarinos que perderam a nacionalidade portuguesa. O respeito do caso julgado - defende FREITAS DO AMARAL [30] - "exige, assim, antes de mais, que a Administração não pratique acto algum em que directa ou indirectamente discorde da sentença proferida pelo tribunal: deve a Administração abster-se de sustentar opiniões contrárias às expressas na sentença e, bem assim, de pôr em causa a procedência dos fundamentos invocados ou o acerto da decisão tomada".

Em face do exposto,

Recomendo

Que o entendimento constante dos acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo no sentido da inexigência da nacionalidade portuguesa para a atribuição de pensões de aposentação aos funcionários e agentes da ex-administração ultramarina seja aplicado a todas as situações idênticas.

Recomendação sem resposta

Ao
Ex.º Senhor
Reitor da Universidade de Coimbra

R-452/96
Rec. n.º 8/B/98
1998.09.03

1. Foi apresentada nesta Provedoria de Justiça uma reclamação relativa aos critérios de seriação dos candidatos ao concurso especial de acesso para titulares de cursos superiores para colocação no curso de Arquitectura da Faculdade de Ciências e Tecnologia dessa Universidade.

Reclamava-se designadamente do facto de o primeiro daqueles critérios de seriação atribuir preferência aos candidatos licenciados por estabelecimentos de ensino superior público, em prejuízo dos candidatos oriundos de estabelecimentos de ensino não públicos.

[29] - e outros in "Código do Procedimento Administrativo Comentado", vol. I, Coimbra, 1993, pag.151.

Considera o reclamante que o critério em causa seria discriminatório e infundado, contrariando nesses termos o principio da igualdade, constitucionalmente consagrado.

Apreciada a questão, concluí pela ilegalidade do critério reclamado, nos termos adiante explicitados.

2. A Portaria n.º 582-A/93, de 07 de Junho, cria o concursos especial para acesso ao ensino superior para titulares de cursos médios e superiores (cf. artigos 1.º e 2.º).

Aquele diploma não estabelece como requisito de admissão ao referido concurso senão a mera titularidade de um curso médio ou superior.

A fixação dos critérios de seriação a aplicar aos candidatos é da responsabilidade da entidade promotora do concurso: no caso das universidades, essa competência cabe ao reitor (cf. artigos 10.º e 14.º, n.º 1, alínea a) ao Regulamento).

Confere-se assim a cada estabelecimento a possibilidade de estabelecer discricionariamente e de acordo com as suas conveniências preferências na admissão dos candidatos.

Tal discricionariedade não será, porém, ilimitada, estando cada estabelecimento vinculado, antes de mais, aos princípios gerais por que se deve pautar a actuação administrativa.

Entre eles encontra-se o princípio constitucional da igualdade, por via do qual se proíbe o arbítrio, impedindo-se qualquer tratamento especial sem justificação razoável e relevante.

Nessa medida, a competência em causa será sempre exercida com objectividade e imparcialidade, exigindo-se da entidade que a detém acrescido esforço de fundamentação jurídico material dos actos que praticar nesse âmbito.

Será pois neste contexto que deverão ser fixados os critérios de seriação aqui apreciados: qualquer preferência a atribuir a determinada situação radicará em especificidades nela contidas que sejam atendíveis e relevantes à luz dos princípios que norteiam o concurso, justificando-se objectivamente o tratamento especial, face a outras situações lhe sejam próximas ou paralelas.

3. Importa pois apreciar o critério aqui reclamado à luz das considerações que ficaram tecidas. Trata-se, como se disse, do primeiro critério de seriação fixado para os candidatos à Faculdade de Ciências e Tecnologia titulares de um curso de licenciatura, por via do qual é conferida prioridade aos "Candidatos titulares de um

---

30- in "A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos", pag. 45.

curso de licenciatura conferido um Estabelecimento de Ensino Superior Público".

Releva-se portanto a natureza pública ou particular dos estabelecimentos anteriormente frequentados pelos candidatos a concurso, beneficiando os candidatos que tenham frequentado universidades públicas.

Em que medida essa relevância reveste suficiente fundamentação material que a legitime em termos jurídicos é a questão que, assim, se coloca.

Será necessário que esteja presente, ao menos tendencialmente, no conjunto das licenciaturas ministradas nos estabelecimentos públicos de ensino, alguma característica que os permita distinguir (e preferir), à partida e sem qualquer apreciação em concreto, das licenciaturas obtidas em estabelecimentos privados de ensino.

Tal característica não é, porém, perceptível.

Com efeito, na sua previsão, o critério abarca todas as universidades públicas do país, sem distinção. Ora, é sabido que o ensino universitário público em Portugal não é homogéneo nem uniforme, coexistindo nesse subsistema de ensino diversas realidades distintas entre si a vários títulos. Nessa diversidade, não existe qualquer traço comum que permita configurar preliminarmente o conjunto dos estabelecimentos em causa como merecedores de preferência face aos seus congéneres particulares e cooperativos. De igual modo, os licenciados dessas universidades também não se apresentam à partida como preferíveis no seu mérito ou nas suas capacidades académicas, relativamente aos seus colegas que frequentaram estabelecimentos particulares.

A preferência atribuída carece assim de qualquer fundamento específico consistente, por falta do necessário suporte material, pelo que entendo ser o mesmo violador do princípio da igualdade e, em particular, da igualdade no acesso ao ensino superior, consagrados nos artigos 13.º e 76.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa.

Esta violação adquire ainda contornos específicos face à configuração que a Lei Fundamental faz dos ensinos particular e cooperativo, devidamente fiscalizados, reconhecendo-os de pleno direito como sistemas de ensino e equiparando-os, para os devidos efeitos, ao sistema de ensino público (cf. artigo 75.º, n.º 2).

Atento o exposto e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que, no âmbito dos critérios de seriação em epígrafe, deixe no futuro de ser concedida preferência aos candidatos titulares de um curso de licenciatura conferido por um estabelecimento de ensino superior público.

Igual procedimento deverá ser adoptado em relação a todas as faculdades que, nos concursos em apreço, utilizem um critério idêntico ao reclamado.

Do seguimento que seja dado a esta recomendação agradeço que me seja dado conhecimento.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Ministro da Educação

R-1255/98
Rec. n.º 10/B/98
1998.09.16

1. Foram recebidas nesta Provedoria de Justiça diversas reclamações contestando as alterações que o ofício-circular em epígrafe veio introduzir na estrutura curricular do Ensino Secundário, por ter vindo criar uma situação de desigualdade entre os alunos que, a partir do próximo ano lectivo, iniciam o curso secundário em alguns dos seus agrupamentos.

A questão é a seguinte:

O Decreto-Lei n.º. 286/89, de 29 de Agosto, que definiu uma nova estrutura a aplicar aos cursos do ensino básico e secundário, dando seguimento ao que a esse respeito dispõe a Lei de Bases do Sistema Educativo, determinou a obrigatoriedade da inscrição, no ensino secundário, numa segunda língua estrangeira curricular quando, no ensino básico, tiver sido estudada uma única língua estrangeira (cfr. artigo 5º, n.º 4).

Nesse contexto, estabeleceu o mesmo diploma que os alunos que estivessem a iniciar o terceiro ciclo do ensino básico poderiam optar por iniciar, nessa altura, os estudos de uma segunda língua estrangeira ou, alternativamente, inscreverem-se em Educação Musical ou Educação Tecnológica. Os alunos que, naquele nível de ensino, não optassem pela disciplina de Língua Estrangeira II, teriam obrigatoriamente de a frequentar durante todo o triénio correspondente ao ensino secundário, que seria aí inserida na componente de formação específica e ministrada a par da Língua Estrangeira I, integrada na componente de formação geral.

A prática veio entretanto demonstrar algumas deficiências do Decreto-Lei n.º. 286/89, tornando necessária a adopção de correcções várias, que permitissem o aperfeiçoamento do sistema por si introduzido. Nessa medida, veio o Despacho n.º 134/ME/92, de 21 de Julho do mesmo ano, estabelecer a alteração de alguns aspectos do Decreto-Lei referido.

Um desses aspectos foi exactamente o modo como a Língua Estrangeira II passaria a estar inserida no ensino secundário (nos casos em que esta disciplina não fosse objecto de opção no 3º ciclo do ensino básico). Assim, os alunos que, no ensino secundário, tivessem de frequentar a disciplina de Língua Estrangeira II poderiam optar por uma de três alternativas (cfr. ponto 7):

a) a que estava já prevista no Decreto-Lei n.º 286/89, integrando-se a disciplina na componente da formação específica, permanecendo a Língua Estrangeira I a ser ministrada no âmbito da componente da formação geral;
b) frequentar a disciplina de Língua Estrangeira II no âmbito da componente de formação geral, em substituição da disciplina de Língua Estrangeira I (que passaria, neste caso, a ser ministrada apenas até no 9º ano de escolaridade); e
c) frequentar a disciplina de Língua Estrangeira II integrada na componente de formação técnica, em substituição de uma outra qualquer disciplina.

Verifica-se portanto, que o Despacho n.º 134/ME/92 inovou em relação ao Decreto-Lei n.º 286/89, designadamente ao permitir a inserção da disciplina de Língua Estrangeira II nas componentes de formação geral ou técnica e não apenas, como até aí, na componente de formação específica, permitindo ainda que essa inserção se fizesse à custa de outras disciplinas que até aí integravam essas componentes. O enquadramento decorrente do Despacho n.º 134/ME/92 permaneceu inalterado até à formulação do ofício-circular n.º 36/98, do Departamento do Ensino Secundário. De facto, esta Circular veio transmitir aos serviços instruções para, a partir do ano lectivo de 1998/99, se passar a aplicar o Decreto-Lei n.º 386/89, no que se refere à inserção de Língua Estrangeira II no ensino secundário, suprimindo portanto as opções disponibilizadas pelo Despacho n.º 134//ME/92.

Ora, é a propósito desta nova orientação dada aos serviços que se suscita a questão aqui apreciada, já que a integração da disciplina de Língua Estrangeira II na componente de formação específica dos diversos planos de estudo do ensino secundário, não se fez em substituição de nenhuma das disciplinas já inseridas nessa

componente, mas a acrescer às mesmas.

Em consequência, os alunos que, no ensino básico, não tenham optado pela frequência da disciplina de Língua Estrangeira II - e que previam poder realizá-la no ensino secundário nos termos das opções disponibilizadas pelo Despacho n.º 134/ME/92 - foram confrontados com a necessidade de realizarem a disciplina em causa adicionalmente às restantes disciplinas do agrupamento a que venham a pertencer.

Ficaram desse modo prejudicados relativamente aos seus colegas que tenham optado pela disciplina de Língua Estrangeira II no ensino básico, uma vez que, relativamente a estes últimos, irão ter mais uma disciplina no ensino secundário, de quatro horas semanais e com necessidade de, no final do 12º ano, realizarem o respectivo exame nacional (por ser esse o processo avaliativo correspondente às disciplinas trienais do ensino secundário).

2. Da enunciação dos termos em que o problema se coloca, ressaltam dois aspectos a propósito dos quais o ofício--circular n.º 36/98 merece ser contestado: o primeiro, relativo a condicionalismos de natureza formal; o segundo, relativo às consequências materiais que as orientações contidas na Circular vieram gerar.

3. De tudo quanto ficou exposto, ressaltam algumas ilegalidades de carácter formal de que padecem quer o Despacho 134/ME/92, quer o ofício-circular n.º 36/98. O Despacho porque alterou um regime constante de um diploma, o Decreto-Lei n.º 386/89, que lhe era hierarquicamente superior, violando nessa medida o princípio da hierarquia das fontes, consagrado no artigo n.º 112.º da Constituição da República Portuguesa - circunstância que, de todo o modo, não obstou à sua plena vigência e aplicabilidade, por a sua inconstitucionalidade não ter sido nunca suscitada ou declarada. Por outro lado, à Circular poderão ser também reportados outros vícios de carácter formal. Com efeito, na medida em que alterou o regime que a precedeu, a Circular reveste uma natureza regulamentar externa: regulamentar, por introduzir um comando legal aplicável de forma geral e abstracta; externa por, ainda que formalmente dirigida aos serviços, produzir directamente efeitos na esfera jurídica dos particulares, independentemente de qualquer intermediação nesse sentido por parte da Administração.

Nesse contexto, não se pode considerar ter sido a forma utilizada para dar corpo à alteração do regime a mais correcta e adequada. Não foi a mais correcta uma vez que, considerando a natureza e o âmbito de aplicação das suas disposições, deveria ter sido observada uma das formas que a Lei n.º 6/83, de 29 de Julho, reserva para os diplomas normativos, designadamente para os regulamentos. Mas não foi,

sobretudo, a mais adequada uma vez que, sendo o ofício-circular um instrumento interno da Administração, destinado essencialmente a fornecer instruções aos serviços, não carece de qualquer publicação oficial.

Ora, a inexistência de qualquer publicidade , que não seja a mera afixação - temporária e eventual - nas escolas, é francamente censurável quando se tenham presentes as implicações curriculares que a aplicação da Circular representa para um número significativo de alunos.

Esse juízo é aliás reforçado pelo facto de o regime que a Circular veio afastar constar de um diploma publicado em Diário da República, aconselhando a boa técnica legislativa que qualquer alteração ao mesmo se fizesse com observância daquele procedimento, em ordem ao respeitos dos princípios da certeza e segurança jurídicas.

É portanto forçoso concluir que o enquadramento jurídico-formal do modo como a disciplina da Língua Estrangeira II se insere no ensino secundário está, desde há muito, viciado por diversas irregularidades que urge rectificar - podendo essa rectificação suceder por ocasião da reforma curricular recentemente anunciada por esse Ministério, a realizar num futuro próximo, por via legislativa.

4. Mas não é só na vertente formal que a Circular a que me tenho vindo a referir merece crítica, sendo que também noutros aspectos apresenta a mesma deficiências que importa corrigir.

Atenho-me agora ao objecto das reclamações propriamente dito, no âmbito do qual é a Circular contestada apenas na medida em que abrange os alunos que, no último ano lectivo, frequentavam o terceiro ciclo do ensino básico e que, a partir do corrente ano lectivo e durante os próximos anos, venham a ingressar no ensino secundário.

Assim sendo, a apreciação do problema que neste ponto se realizará restringir-se-á a esses casos. Relativamente aos mesmos, afigura-se ter a Circular eficácia retroactiva, ainda que não explícita.

Com efeito, embora aplicando-se apenas aos alunos que iniciarão o ensino secundário a partir do ano lectivo que agora se inicia, a verdade é que o seu regime se irá repercutir sobre uma situação constituída em data bastante anterior à da sua emissão.

De facto, a configuração curricular do ensino secundário no que se refere à aprendizagem das línguas estrangeiras decorre, em grande medida, da opção disciplinar tomada no início do terceiro ciclo do ensino básico. Ora, é sobre essa

configuração que a Circular veio agora incidir.

Assim,

A Circular fez corresponder à opção pelas disciplinas de Educação Tecnológica ou de Educação Musical um regime curricular novo, significativamente mais desfavorável do que o anterior, por via do qual ficam os seus destinatários grave e objectivamente prejudicados.

Desse modo, a Circular alterou um dos pressupostos essenciais subjacentes àquela decisão, de tal modo que é razoável supor que, a ser esta situação conhecida quando a opção disciplinar foi tomada, nenhum aluno do ensino básico que tencionasse prosseguir os seus estudos no ensino secundário, optaria pelas disciplinas de Educação Tecnológica ou de Educação Musical, indo naturalmente preferir a Língua Estrangeira II.

É óbvio que, nesse contexto, os alunos que optaram por Educação Tecnológica ou por Educação Musical se vêem agora profundamente defraudados nas suas expectativas. Nessa medida, a aplicação do regime constante da Circular a esses alunos não poderá deixar de se considerar ilegítima, por violar o princípio da confiança, decorrente do Estado de direito democrático (cfr. artigo 2.º da Constituição). Por via deste princípio é garantido aos cidadãos um mínimo de certeza nos direitos e nas expectativas que lhe sejam juridicamente criados (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 93/84, no BMJ n.º 355, 135-156; 150).

Ocorre violação deste princípio quando a segurança jurídica a que o mesmo confere protecção seja afectada de um modo inadmissível por via de uma actuação da Administração qualificada de arbitrária ou desproporcionada (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 365/91, em Acórdãos do Tribunal Constitucional, volume 19, 143 ss.).

Ora, é exactamente esta situação que se verifica no caso em apreço: existe por um lado uma lesão intolerável na situação escolar dos alunos implicados, já sobejamente definida; por outro lado, o benefício para o interesse público que o regime que a circular veio implantar representa, não é de todo proporcional à lesão sofrida por estes alunos.

Violando o princípio da confiança, a Circular viola também o princípio do Estado de direito democrático, de onde aquele decorre, contido no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa.

5. Do exposto resulta que, sendo embora desejável a reformulação da base legal a que se reporta a inserção curricular da Língua Estrangeira II no ensino secundário para os alunos que não tenham frequentado essa disciplina no ensino

básico, é imperativo que, desde já, seja rectificada a injustiça decorrente da aplicação do ofício-circular n.º 36/98, salvaguardando-se as expectativas dos alunos prejudicados.

Nestes termos,

Recomendo

a Vossa Excelência, ao abrigo do artigo 20.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, o seguinte:

a) que o ofício-circular em apreço seja revogado, repondo-se para o ano lectivo 1998-1999 a regulamentação resultante da aplicação conjunta das disposições do Decreto-Lei n.º 386/89, de 29 de Agosto e do Despacho 134/ME/92, de 21 de Julho de 1992;

b) que seja reformulado o enquadramento legal a que se reporta a inserção da disciplina de Língua estrangeira II, eventualmente no âmbito da reforma curricular recentemente anunciada por esse Ministério, rectificando-se as ilegalidades que ao mesmo ficaram atrás apontadas.

c) que, caso venha a ser retomado futuramente e por via legislativa, o regime que o Ofício-circular pretendeu aplicar, fiquem devidamente salvaguardadas as legítimas expectativas dos alunos que já tenham, nessa ocasião, iniciado o terceiro ciclo do ensino básico.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado da Administração Educativa
C/c.
a Sua Excelência o Secretário de Estado do Ensino Superior

R-2292/98
Rec. n.º 14/B/98
1998.12.21

1. O Decreto-Lei n.º 524/73, de 13 de Outubro, concedeu uma isenção no pagamento de propinas aos agentes de ensino que se matriculem em curso de ensino superior. Este diploma apenas veio a ser devidamente regulamentado em 1998, por meio do Despacho em epígrafe, que definiu o âmbito do benefício atribuído.

2. É a propósito dessa definição que surge o problema que ora exponho a Vossa Excelência, o qual se prende com a restrição feita pelos autores do Despacho regulamentador do conceito de "agente de ensino", limitando-o aos docentes "providos definitivamente num lugar dos quadros, em exercício efectivo de funções" (cf. n.º 1 do Despacho).

3. A este respeito foram apresentadas nesta Provedoria de Justiça múltiplas reclamações por parte de docentes providos transitoriamente, que entendem estar a ser ilegitimamente prejudicados pela interpretação adoptada no Despacho.

4. Solicitados esclarecimentos a essa Secretaria de Estado, informou-se que o conteúdo atribuído à expressão "agentes de ensino" resultou da "clarificação e actualização do conceito, já de si vago", necessária por esta terminologia ter já "caído em desuso"; informou-se ainda que "os motivos que presidiram à fixação do entendimento agora objecto de reclamação, reflectem uma preocupação em assegurar que o investimento promovido por esta medida se possa aplicar somente a docentes já vinculados definitivamente a um quadro (...) evitando-se o financiamento pelo Estado àqueles que se encontram a exercer apenas transitoriamente a função docente" (cf. ponto n.º 2 e 3 do ofício n.º 3022, de 18.6.98).

5. Face a esta resposta, os serviços desta Provedoria consideraram que a actuação aqui reclamada não seria nem a mais adequada nem a mais eficaz, relativamente aos fins prosseguidos pelo Decreto-Lei n.º 524/73, entendendo-se ser desejável a alteração do Despacho na parte em discussão.

6. O mesmo não entendeu essa Secretaria de Estado que, por ofício com data de 4 de Agosto, manteve todos os argumentos já anteriormente aduzidos nesta

matéria.

7. Entendo que a fundamentação utilizada para justificar a delimitação do conceito de "agente de ensino" não pode proceder, por várias razões, a seguir enunciadas.

A isenção em apreço, historicamente enquadrada pelo aumento da oferta da escolaridade obrigatória, pretendeu incrementar a aquisição de novas habilitações dos professores em actividade, com vista à elevação da qualidade geral da docência. Este objectivo mantém-se, sendo à sua luz que deverá ocorrer a actividade regulamentadora da norma.

Nesse sentido, não é justificável a restrição ora reclamada: antes de mais, porque, tendo o legislador fixado como objectivo a elevação das habilitações do corpo docente, impõe-se que aí se incluam a generalidade dos docentes e, necessariamente, dada a sua actual dimensão e importância no sistema de ensino, os docentes que se apresentem sem vínculo definitivo. Até porque não é perceptível em que medida se pode considerar o vínculo definitivo como inerente à condição de "agente de ensino", tal como a mesma vem concebida no Decreto-Lei n.º 524/73. De facto, embora "vaga" e "caída em desuso", nada na expressão deixa perceber a necessidade de existência de um vínculo mais consolidado à função pública, circunstância que não esteve, com toda a certeza, no espírito do legislador. Certamente que os "usos" de então continham expressão mais adequada para referir os docentes vinculados, se essa tivesse sido a pretensão do legislador.

E não procede alegar-se que a densificação do conceito teve subjacente cuidados na boa utilização dos dinheiros públicos: a exclusão pura e simples de um número importante de docentes incluídos na previsão de incidência da norma, sendo uma questão central do regime da isenção, deveria ter sido feita pelo próprio legislador; caso contrário, não cabe ao regulamentador esta delimitação, por mais razoáveis que pudessem ser os objectivos considerados - aliás, frustrados pela solução adoptada, como adiante se verá.

Resulta do exposto que o Decreto Regulamentar veio limitar de forma significativa o âmbito que o legislador tinha fixado para a isenção de propinas, em termos que configuram uma alteração efectiva do regime constante da norma habilitante.

Ora, em obediência ao princípio da hierarquia normativa, ínsito no artigo 112º da Constituição da República Portuguesa, qualquer alteração a determinado diploma

legal deverá revestir forma hierarquicamente equivalente ou superior à que corresponde ao diploma alterado. Daqui resulta estar naturalmente vedado a um despacho regulamentar a alteração do regime constante de decreto-lei.

Nesse contexto, considero ser o Despacho Regulamentar em referência ilegal na parte em que restringe a isenção de propinas aos docentes que apresentam vínculo definitivo à função pública.

8. Viu-se, portanto, que a expressão "agente de ensino" abrange também os docentes providos transitoriamente e que a sua restrição apenas caberia ao legislador. Mas ainda que o regulamento pudesse, de algum modo, restringir o âmbito da isenção, nunca o poderia fazer nos termos em que o fez, já que introduziu uma discriminação injustificada e desadequada em relação aos fins que estiveram, supostamente, na base da solução adoptada.

De facto, o argumento segundo o qual a interpretação restritiva reclamada evitaria o aproveitamento abusivo por parte de docentes que ocupassem transitoriamente essas funções, não colhe.

Diga-se, preliminarmente, que, pese embora a reduzida margem de manobra deixada ao regulamento, é legítima a preocupação no sentido de o investimento realizado na formação dos docentes ser efectivamente aproveitado no exercício da sua actividade escolar e no melhoramento da qualidade de ensino - objectivo último da isenção. Mas se os fins são legítimos, já não o serão os meios, por não serem, em relação àqueles, nem adequados nem eficazes.

Em primeiro lugar, por não haver nada que garanta que a formação concedida a docentes com vínculo definitivo seja efectivamente aplicada por estes no melhor exercício da sua actividade, não só por não ser garantida a manutenção futura do vínculo, mas também por nada obstar que, após a frequência do curso, o docente em questão não possa beneficiar de uma licença de serviço mais ou menos prolongada - benefício certeiramente referido pelo gabinete de Vossa Excelência como sendo privilégio exclusivo dos docentes providos definitivamente, estando vedado aos demais.

Por outro lado, não é também necessário que um docente colocado transitoriamente não permaneça a ocupar as suas funções após a frequência do curso - tanto mais que, como se sabe, a situação de colocação provisória decorre, as mais das vezes, da vontade e das limitações da própria Administração, que não da dos docentes em causa, em regra disponíveis para o ingresso definitivo na carreira.

A natureza do vínculo profissional não é, portanto, suficiente para, por si só, determinar e justificar uma limitação do âmbito de um benefício concedido a toda a

classe docente. Ora, carecendo de fundamentação adequada e relevante em função dos interesses em presença, a distinção operada é discriminatória e, nessa medida, violadora do princípio da igualdade, contido no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa - deve dizer-se, aliás, que a ser a distinção consagrada no regulamento consonante com a previsão da norma habilitante, ter-se-ia de considerar ser esta inconstitucional, por violação do preceito referido.

Diga-se, a este propósito, que não é válido argumentar-se com o facto referido no ponto 4 do ofício do Gabinete de Vossa Excelência de 4 de Agosto, relativo à existência de "outros mecanismos de incentivo" que se encontram "disponíveis para os docentes não vinculados a lugares do quadro ...", os quais poderiam compensar estes docentes pela não atribuição da isenção. Com efeito, a isenção é concedida a todos os docentes em exercício de funções, sendo que qualquer limitação à sua atribuição tem que partir, como atrás já se viu, da lógica subjacente à concessão da isenção, e não da existência de outras regalias paralelas.

9. Atento o exposto, e usando das faculdades que me são conferidas pelo artigo n.º 20º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que seja alterada a redacção do n.º 1 do Despacho Regulamentar n.º 335/98, de 16 de Abril de 1998, deixando de se limitar aos docentes com vínculo definitivo a concessão de benefício previsto no Decreto-Lei n.º 524/73.

Em alternativa, poderá ser adoptado por via legislativa um sistema que acautele a efectiva boa utilização dos recursos em questão, eventualmente por via da celebração de contratos com cada professor beneficiário, que garanta a prestação futura da sua actividade docente por um número de anos considerado adequado e suficiente, e que, em caso de incumprimento, implique a restituição de todos os valores dispendidos.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado da Segurança Social e Relações Laborais

R-3101/94
Rec. n.º 15/B/98
1998.12.29

1. Os trabalhadores que após o termo de concessão do subsídio de

desemprego se mantenham na situação de desemprego, têm direito - no âmbito do quadro legal vigente[31] -, ao percebimento do subsídio social de desemprego, desde que os rendimentos mensais *per capita* do respectivo agregado familiar não sejam superiores a 80% do valor da remuneração mínima estabelecida por lei para o sector em que desenvolviam a actividade [art. 6º, n.º 2, al. b), art. 9º, n.º 2, art. 14º e art. 15º do referido diploma legal].

2. A atribuição do subsídio social de desemprego não depende de requerimento mas exige a apresentação dos meios de prova específicos das condições que justificam a sua atribuição (art. 40º do D.L. n.º 79-A/89, de 13/3 e art. 9º da Portaria n.º 994/89, de 16/11), ou seja, prova da manutenção da situação de desemprego involuntário e da situação de carência económica do agregado familiar em montante inferior à condição de recursos legalmente estabelecida.

3. Tais meios de prova deverão ser apresentados no prazo de 90 dias a contar da data do termo do subsídio de desemprego (art. 37º, n.º 2, do D.L. n.º 79-A/89 e art. 9º da Portaria n.º 994/89, de 16/11).

4. O início do pagamento do subsídio social de desemprego reporta-se ao dia imediato ao termo do período de concessão do subsídio de desemprego (art. 23º, n.º 2).

5. Os serviços processadores das prestações de desemprego (centros regionais de segurança social) têm feito uma interpretação muito restritiva do diploma legal em causa, nomeadamente quanto à articulação do disposto no art. 9º da Portaria com o disposto no art. 23º, n.º 2, do referido decreto-lei.

6. Efectivamente, tais serviços têm entendido que, pelo facto de o pagamento do subsídio social de desemprego se reportar ao dia imediato à cessação do subsídio de desemprego, a avaliação das condições de atribuição se reportam necessariamente a essa mesma data.

7. Contudo, a simples interpretação literal das referidas normas jurídicas colide com a natureza das prestações sociais em causa (cfr. art. 7º do D.L. n.º 79-A/89) e, sobretudo, com o propósito do legislador em acudir a situações de carência económica e de desprotecção social subsquentes à cessação do subsídio de desemprego.

8. Encontram-se nessa situação os desempregados cujo rendimento do agregado familiar exceda temporariamente a condição de recursos à data da cessação do subsídio de desemprego, mas que venha a ficar aquém dela no decurso do referido

[31] D.L. nº 79-A/89, de 13/3, com a redacção que entretanto lhe veio a ser dada, respectivamente, pelo D.L. nº 418/93, de 24/12 e pelo D.L. nº 57/96, de 22/5.

prazo de 90 dias.

9. Assim, o agregado familiar do trabalhador desempregado pode eventualmente apresentar, no dia da cessação do subsídio de desemprego, rendimentos mensais *per capita* superiores à condição de recursos e, logo no dia seguinte (ou em momento posterior, mas dentro do prazo de 90 dias), passar a registar rendimentos em montante inferior que lhe confeririam o direito ao percebimento da aludida prestação social, mas que pela aplicação literal das referidas normas legais o deixam irremediavelmente arredado daquela específica protecção social.

10. Permito-me evidenciar o caso concreto constante da reclamação que me foi presente:

10.1. O agregado familiar do Senhor José António dos Santos Madeira (beneficiário n.º 009 221 510), composto por três pessoas (o casal e uma filha menor), em que o reclamante e a mulher se encontravam desempregados e ambos a receber o subsídio de desemprego.

10.2. Ao atingir o termo da concessão do seu subsídio de desemprego (21.08.93), o reclamante viu o rendimento do seu agregado familiar reduzido a um único rendimento, ou seja, o subsídio de desemprego do cônjuge.

10.3. Rendimento esse que, por acaso, ultrapassava ligeiramente o limite previsto como condição de recursos pelo art. 15º do D.L. n.º 79-A/89, de 13/3.

10.4. Entretanto, o reclamante requereu a atribuição do subsídio social de desemprego junto do respectivo Centro Regional de Segurança Social, o que veio a ser indeferido com fundamento no facto de o agregado familiar registar, à data do termo do subsídio de desemprego, um rendimento superior ao limite legal estabelecido (arts. 15º e 23, n.º 2 do referido diploma legal).

10.5. Isto apesar de, entretanto, dentro do referido prazo legal dos 90 dias, se ter registado uma profunda alteração das circunstâncias relativamente à situação económica do agregado familiar, uma vez que a mulher atingiu igualmente o termo do seu subsídio de desemprego (24.10.93) e, em consequência disso, passou a receber o respectivo subsídio social de desemprego, prestação esta de montante inferior ao que até então recebia. Nessa conformidade, o rendimento mensal do agregado familiar passou a ficar aquém do limite legalmente estabelecido como condição de recursos.

10.6. Permito-me insistir, todos estes factos se passaram quando ainda estava a decorrer o prazo de 90 dias para a apresentação das provas relativas à verificação ou

não da condição de recursos. Afinal, entre a data da cessação do subsídio de desemprego do reclamante (21.08.93) e a data em que se veio a verificar o preenchimento da condição de recursos (24.10.93), susceptível de o enquadrar de pleno direito no acesso ao subsídio social de desemprego, medearam apenas cerca de 60 dias. O reclamante dispunha ainda de aproximadamente 30 dias para, dentro do prazo legal, apresentar as provas relativas à alteração do rendimento do agregado familiar, o que fez e não foi tido em consideração.

10.7. Mas, sobretudo, poderá afirmar-se mesmo que, na própria data em que o reclamante apresentou a prova inicial dos rendimentos do agregado familiar, ao respectivo CRSS não seria difícil verificar, desde logo, que o único rendimento disponível daquele agregado familiar se reconduzia ao subsídio de desemprego do outro cônjuge e que o mesmo se esgotaria volvidos dois meses, ou seja, ainda dentro do prazo legal para apresentação da prova dos rendimentos, determinante, afinal, da atribuição do subsídio social de desemprego ao reclamante e ao respectivo cônjuge.

10.8. Não obstante isso, o referido CRSS manteve-se intransigente, negando a atribuição da mencionada prestação social ao reclamante.

11. Para melhor ilustrar a injustiça da situação criada ao reclamante, permito-me evidenciar uma situação análoga com desfecho contrário e que resulta literalmente da lei, o que inequivocamente demonstra o espírito e a intenção do legislador que, perante uma prestação social da mesma natureza, não quis, por certo, criar situações de desigualdade de tratamento. Refiro-me concretamente à situação de um beneficiário que, perante uma situação de desemprego, não reúna as condições para aceder ao subsídio de desemprego, enquadrando-se, por isso, no regime do subsídio social de desemprego [art. 6º, n.º 2, al. a) e art. 12º, n.º 2, ambos do D.L. n.º 79-A/89]. Tal beneficiário terá igualmente que preencher a condição de recursos prevista no art. 15º e dispõe do prazo legal de 90 dias para requerer a atribuição de tal prestação social (art. 37º, n.º 2).

Poderá imaginar-se, por mera hipótese, que até ao 80º dia subsequente à situação de desemprego os rendimentos do agregado familiar de tal beneficiário excedem a condição de recursos prevista no referido art. 15º e que, posteriormente, mas dentro do prazo dos 90 dias, se verifica uma alteração da situação económica do agregado familiar, no sentido de o respectivo rendimento passar a ficar aquém da condição de recursos. Nestas circunstâncias, o beneficiário terá a possibilidade de requerer ainda a atribuição do subsídio social de desemprego até ao 90º dia e, desse modo, acederá a tal prestação social.

12. Por outro lado, não posso deixar de considerar socialmente chocante que não se garanta o direito à protecção de agregados familiares cujo único rendimento é o subsídio social de desemprego de um dos cônjuges, sobretudo, quando disso se faz prova em tempo oportuno.

13. Mas, para além das razões de ordem social, o certo é que, no caso concreto do reclamante, os requisitos substantivos do direito à prestação - desemprego involuntário e situação de carência do agregado familiar - encontravam-se objectivamente reunidos dentro do prazo legal para a prestação da prova, muito embora quanto à situação de carência esta não coincidisse com a data a que a lei fazia reportar o início do pagamento do subsídio social de desemprego subsequencial.

14. Parece-me razoável e de toda a justiça que, quando a alteração relativa à condição de recursos ocorre no decurso do prazo para requerer a prestação e/ou fazer prova da situação de carência, faça todo o sentido que se permita a atribuição do subsídio em causa a partir da data em que, para além dos demais requisitos, esteja também preenchida a condição relativa aos rendimentos do agregado familiar. Afinal, a atribuição do subsído social de desemprego subsequente ao subsídio de desemprego não depende de requerimento (art. 40º, n.º 1, do D.L. n.º 79-A/89 e art. 9º, n.º 1, da Portaria n.º 994/89), sendo tal prestação social, por isso, processada e paga automaticamente pelos serviços de segurança social logo após a cessação do subsídio de desemprego. Aos beneficiários apenas é exigido que no prazo de 90 dias (art. 9º da Portaria n.º 994/89, de 16/11) façam prova da condição de recursos para que lhe seja reconhecido o direito ao subsídio social de desemprego. Ora, ao fixar tal prazo o legislador pretendeu que o mesmo funcionasse em benefício do interessado e não contra ele. Parece-me fazer todo o sentido que esse prazo funcione como um período de espera (e, consequentemente, de prova) que permita acolher as situações de carência que se verifiquem na sua vigência.

15. Reconheço, porém, que a lei em vigor não é suficientemente clara que permita concluir de modo inequívoco no sentido que acabo de referir. De qualquer modo, o espírito do D.L. n.º 79-A/89, de 13/3 e a própria natureza da prestação não deixam de reflectir este entendimento. Bastará, para o efeito, atentar no exemplo evidenciado no ponto 11 desta recomendação.

16. A decisão tomada pelo Serviço Sub-Regional de Lisboa do CRSS de Lisboa e Vale do Tejo relativamente ao caso concreto, prejudicou injustamente o reclamante não só no que concerne às prestações de subsídio social que o mesmo deixou de

receber como, consequentemente, no que diz respeito ao registo de remunerações por equivalência à entrada de contribuições que se verificaria caso lhe tivesse sido abonado o referido subsídio social. Faz-se notar que o não registo de remunerações por equivalências durante esse período terá alegadamente prejudicado o interessado no tempo considerado para o cálculo da pensão de invalidez que, entretanto, lhe veio a ser atribuída.

17. Face a todo o exposto,

Recomendo

17.1. Que seja estabelecida uma orientação interpretativa relativamente à aplicação das normas constantes dos artigos 14º, 15º, 23º n.º 2 e 40º do D.L. n.º 79-A/89, de 13/3, e do artigo 9º da Portaria n.º 994/89, de 16/11, no sentido atrás exposto, por forma a assegurar que na vigência do prazo para prestação da prova da condição de recursos seja atendível qualquer alteração das circunstâncias relativa à situação económica do agregado familiar.

17.2. Que, em conformidade com essa orientação interpretativa seja reapreciado o processo do Senhor José António dos Santos Madeira (beneficiário com o n.º 009 221 510), por forma:

- a ser-lhe reconhecido, processado e pago o subsídio social de desemprego que lhe seria devido;

- a assegurar-lhe o consequente registo de remunerações por equivalência à entrada de contribuições durante o período de concessão do subsídio social de desemprego e posterior recálculo da pensão de reforma.

17.3. Que, no âmbito do processo de revisão (em curso) do regime jurídico das prestações de desemprego, seja acolhida expressamente esta orientação interpretativa por forma a evitar futuras situações de desigualdade de tratamento, injustiça e de desprotecção social.

Recomendação acatada (efeitos futuros)

Ao
Exmº Senhor
Presidente do Conselho Directivo do Centro Regional
de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo

R-911/97
Rec. n.º 25/A/98
1998.04.07

1. O Sr... dirigiu-me uma reclamação relativa aos actos que decidiram a suspensão do pagamento do subsídio de desemprego que lhe vinha a ser atribuído e a reposição das prestações referentes ao período compreendido entre 3 de Fevereiro de 1994 e 30 de Setembro do mesmo ano, no montante de 1.082.400$00.

2. O reclamante alega, essencialmente, que:

2.1. A notificação relativa à reposição acima referenciada, recebida em Outubro de 1994, não continha qualquer fundamentação.

2.2. Tendo solicitado, em Novembro do mesmo ano, certidões dos despachos que determinaram a suspensão do pagamento do subsídio de desemprego e a reposição, a fim de conhecer a respectiva fundamentação, decorridos mais de dois anos não obtivera qualquer resposta.

2.3. Presume que aquelas decisões terão tido origem no facto de um fiscal da segurança social o ter encontrado dentro de uma loja de animais.

2.4. Essa loja, sita na Rua... em Oeiras, pertencia à sociedade "E...,Lda." da qual eram únicos sócios S... (gerente e filha do reclamante) e A...

2.5. A loja tinha sido recentemente inaugurada e dado que morava relativamente perto frequentava a loja até como forma de romper o enorme tédio e a ansiedade provocada pela condição de desempregado.

2.6. Todavia, nunca fora trabalhador da loja, nem sócio, nunca dela tendo recebido qualquer remuneração.

2.7. Os únicos trabalhadores da loja haviam sido os Senhores Miguel Pedroso e N... da Cruz Rosa, além da própria gerente Sandra Rosa.

2.8 Através do ofício n.º 2.236, de 8 de Janeiro de 1997, desse Centro Regional, fora invocada a existência de um contrato-promessa de aquisição de quota, para fundamentar o exercício ilegal de uma actividade profissional.

2.9. Tal contrato integrava o projecto de criação do próprio emprego apresentado no Centro de Emprego de Cascais.

3. Atento o teor do ofício n.º 128.881, de 8 de Setembro de 1997, desse Centro Regional, dirigido a estes serviços, verifica-se que o reclamante apenas foi notificado quanto aos fundamentos da suspensão do pagamento do subsídio de desemprego e da reposição determinada, através do ofício n.º 2.236, de 8 de Janeiro de 1997, acima referido.

4. Refira-se a este propósito que, a notificação desses actos era obrigatória e devia ter sido feita no prazo de oito dias, atento o disposto nos arts. 66º, al. c) e 69º

do Código do Procedimento Administrativo.

5. No que respeita à fundamentação, de acordo com o teor daquele ofício, a decisão administrativa relativa àquela suspensão e reposição foi sustentada nas seguintes ordens de razões:

5.1 - De facto,

Ter o beneficiário sido "...localizado ao balcão da loja cuja empresa era propriedade de sua filha em conjunto com outro sócio pressupunha uma actividade, que é normalmente remunerada.

Acresce ainda, que como representante legal da empresa Estimal, e tendo sido nomeado procurador em assembleia geral da referida Sociedade, com acta da reunião constante no processo, e pretendendo adquirir a parte maioritária da Sociedade, conforme contrato promessa de cedência de quotas, vincula uma relação de trabalho com a mesma, incompatível com a situação de beneficiário de subsídio de desemprego.".

5.2 - De direito,

No disposto no art.º 27º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março.

5. A fundamentação relativa à matéria de facto resume-se, pois, ao facto de o reclamante ter sido "localizado" no estabelecimento, ao facto de ser procurador da empresa e ao facto de ter celebrado um contrato-promessa de compra de uma quota da sociedade.

6. Tais ordens de razões, formuladas de forma vaga e não circunstanciada, legitimam, efectivamente, que se questione tal circunstancialismo fáctico como sustentação da afirmação segundo a qual se estava em presença do exercício de uma actividade profissional por conta própria ou por conta de outrem.

7. Uma actividade profissional pressupõe que a pessoa a desenvolva com carácter regular e vocação duradoura e por ela seja remunerada.

8. Dificilmente se poderá considerar como indício do exercício de uma actividade profissional, a mera presença, ou para utilizar a terminologia adoptada naquele ofício, localização, do reclamante no estabelecimento.

9. Por outro lado, a procuração (art.º 262º do Código Civil) e o mandato (art.º 1157 do mesmo código) são figuras completamente distintas da do contrato de trabalho ou do contrato de prestação de serviços, sendo que, aliás, aquele se presume gratuito (art.º 1158).

10. Por outro lado, a intenção de compra de quotas da empresa em causa não implica o exercício de qualquer actividade profissional, nem mesmo faz,

necessariamente, pressupor esse exercício em termos imediatos.

11. Na ausência de outros elementos indiciários que sustentem a presunção de que se estava na presença do exercício de uma actividade profissional normalmente remunerada, haverá que considerar a fundamentação invocada manifestamente insuficiente já que ficaram por dizer as razões que explicassem convenientemente as decisões em causa.

12. Com efeito, os actos administrativos devem resultar de disposições conclusivas lógicas de premissas correctamente desenvolvidas, devendo a respectiva fundamentação, para ser juridicamente relevante, ser clara, congruente, suficiente e concreta (Ac. do S.T.A. de 6 de Fevereiro de 1990 - AD. 351,339).

13. Meros juízos conclusivos, sem concretização da factualidade que lhes serviu de base, são insuficientes, para a fundamentação legal do acto administrativo, (Ac. do T.P. de 11 de Abril de 1991 - Rec. n.º 25.846; Ac. do T.P. de 24 de Janeiro de 1991 - Rec. n.º 25.563).

14. No ofício n.º 836, de 3 de Julho de 1997, desse Centro Regional, dirigido a estes serviços, diferentemente do notificado ao reclamante, refere-se, por um lado, que aquele fora encontrado "a trabalhar" no estabelecimento.

Por outro lado, acrescenta-se que os processos de contraordenação instaurados ao reclamante por força das infracções que lhe haviam sido imputadas tinham sido arquivados por força de amnistia "...pelo que nessa conformidade, não ficou provada inexistência do ilicíto.".

15. Diga-se, no entanto, quanto a esta fundamentação "complementar" que, conforme resulta do Ac. do S.T.A., praticado um acto com determinada fundamentação, a apreciação contenciosa da sua legalidade tem de fazer-se em face dessa mesma fundamentação, não sendo lícito ao Tribunal substituir-se à Administração, justicando o acto em diferente fundamentação.

16. A conduta imputada ao reclamante neste ofício continua, no entanto, a basear-se numa conclusão não sustentada suficientemente em matéria de facto sendo, no mínimo, surpreendente, a conclusão que se pretende retirar do facto de os processos de contra-ordenação terem sido arquivados.

17. Com efeito, salvo regra de inversão do ónus da prova, incumbe à parte que alegue um facto, a prova dele (Ac. do S.T.A. de 17 de Janeiro de 1991 - Rec. n.º 26.809).

18. Importa, também, ter em conta que a presunção, como meio de prova, não

elimina o ónus da prova nem modifica o resultado da sua repartição entre as partes. Apenas altera o facto que ao onerado incumbe provar: em lugar de provar o facto presumido, a parte onerada terá de demonstrar a realidade do facto que serve de base à presunção. A prova por presunção, exceptuando o caso das presunções "juris et jure", admite contraprova, e por maioria de razão, prova docontrário (Ac. da Relação de Coimbra, de 27 de Junho de 1989 - Col. Jurispr., 1989, Tomo III, pag. 89).

19. É, pois, inadmissível que se pretenda concluir que pelo facto de o reclamante, pelo simples facto de os processos terem sido arquivados, não ter podido provar que não se verificara a conduta ilícita que lhe fora imputada, a mesma deve ser considerada provada.

20. Acresce que, os acto administrativos ora em causa, bem como o procedimento que lhe corresponde, são distintos dos procedimentos sancionatórios em causa, não devendo nem podendo confundirem-se e, nessa medida, também não pode procurar-se a fundamentação dos primeiros nas eventuais conclusões encontradas nos segundos.

21. Por outro lado, em sede de processos de contra-ordenação está-se no âmbito de procedimentos de natureza sancionatória e nestes tem de aplicar-se o princípio de natureza penal "*in dubio pro reo*".

22. Na verdade, existem indícios nos autos que constituem fundamento dessa dúvida e, portanto, da possibilidade de se estar perante uma conduta diversa daquela que foi imputada ao reclamante.

23. A empresa era propriedade da filha do reclamante e este morava próximo da empresa e estava desempregado, pelo que, não pode excluir-se a possibilidade de o estabelecimento constituir um polo de interesse para o reclamante, que, à semelhança de muitos outros na sua situação, se sentem fortemente penalizados pela inactividade forçada, sobretudo quando ela se verifica na sequência de muitos anos de trabalho.

24. Por outro lado, resulta, indiciariamente, dos elementos disponíveis no processo, que exerceriam actividade na empresa a própria sócia gerente S... (filha do reclamante), M... e, posteriormente, em substituição deste, N... .

25. A confirmar-se que essas pessoas exerciam actividade no estabelecimento (confirmação essa que, aparentemente, não foi feita) dificilmente se poderá sustentar que era o reclamante que garantia o normal funcionamento do estabelecimento.

26. Atento o exposto, não pode deixar de concluir-se que a fundamentação do acto administrativo relativo à suspensão do pagamento do subsídio de desemprego ao relamante, bem como o referente à reposição dos valores recebidos a esse título no

período compreendido entre 3 de Fevereiro de 1994 e 30 de Setembro do mesmo ano, não estão suficientemente fundamentados em termos de facto.

27. Com efeito, resulta do art.º 125, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, acima referido, que a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclareçam concretamente a motivação do acto, equivale à falta de fundamentação.

28. Assim sendo, aqueles actos são inválidos, porque afectados por vício de forma.

29. Para além do mais, é injusto que face à incerteza quanto à ilicitude da conduta do reclamante se decida num sentido fortemente penalizador do mesmo.

30. Assim sendo, tenho por bem formular a V.Exa. a presente

Recomendação

No sentido de serem revogados os actos que determinaram a suspensão o pagamento do subsídio de desemprego ao reclamante e a reposição das verbas recebidas no período compreendido entre o dia 3 de Fevereiro e 30 de Setembro de 1994, com base no mérito e nos termos do art.º 141º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo.

Recomendação não acatada

À
Exma Senhora
Directora do Serviço Sub-Regional de Sintra
do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa
e Vale do Tejo

R-2829/96
REC. n.º 27/A/98
1998.04.23

1. Foi-me solicitada a intervenção relativamente ao indeferimento, por parte desse Serviço Sub-Regional, de um pedido de atribuição do subsídio de maternidade.

2. A situação de facto relevante resume-se, essencialmente, ao seguinte:

2.1. A beneficiária D..., atento o nascimento da filha ocorrido em 10 de Julho de 1995, requereu junto dos serviços competentes do Centro
Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo os subsídios de nascimento e de aleitação.

2.2. Esses requerimentos foram deferidos.

2.3. Naquele momento não requereu, todavia, a atribuição do subsídio de maternidade a que tinha direito, nos termos do art.º 3º do Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril.

2.4. Essa omissão terá resultado do facto de a beneficiária desconhecer que tal direito lhe assistia.

2.5. Com efeito, logo que tomou conhecimento do mesmo, veio a requerer a respectiva atribuição, em 5 de Dezembro de 1995.

2.6. O requerimento veio a ser indeferido por não ter tido lugar dentro do prazo previsto no art.º 19º do Decreto-Lei acima referenciado.

3. O facto de a beneficiária não ter requerido, tempestivamente, a atribuição do subsídio de maternidade, à semelhança do que fez quanto aos subsídios de

nascimento e de aleitação, apenas encontra explicação no desconhecimento do direito à atribuição daquele direito.

4. No entanto, não pode deixar de entender-se que o requerimento da beneficiária dos subsídios de nascimento e de aleitação, constituiu manifestação inequívoca da sua vontade em receber as prestações devidas por força do nascimento de sua filha.

5. Note-se, aliás a esse propósito que o esclarecimento constante do ofício n.º 836, de 8 de Novembro de 1991, da Direcção-Geral de Regimes, a que refere o ofício n.º 8.653, de 20 de Agosto de 1997, do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo, releva, essencialmente, a necessidade de o beneficiário manifestar a vontade de receber as prestações.

6. A vontade real da beneficiária de receber o subsídio de maternidade se não foi expressamente manifestada foi, tão só, porque desconhecia a existência daquele direito.

7. E, tanto assim foi, que, como se disse, logo que teve conhecimento do direito que lhe assistia, o veio efectiva e expressamente a requerer.

8. Embora seja certo que o desconhecimento da lei não justifica, em termos gerais, a falta do seu cumprimento, também é certo que, em matéria de segurança social, o Estado está obrigado a promover, especialmente, a sua divulgação (art.º 3º da Lei n.º 4/84, de 5 de Abril).

9. Por outro lado, os serviços estão obrigados, nos termos do art.º 76º, n.º 1 e n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, a promover o suprimento das deficiências dos requerimentos.

10. A vontade do legislador ao estabelecer essas normas, foi a de, conforme refere expressamente, de evitar que, por força de simples irregularidades ou de mera imperfeição nos pedidos, os interessados sofram prejuízos.

11. Ora, sendo o interesse da beneficiária, legítimo, era exigível que, oportunamente, lhe tivessem sido prestadas as informações adequadas.

12. Essa informações podiam e deviam ter-lhe sido prestadas, desde logo, no momento do acto de entrega dos requerimentos relativos aos subsídios de nascimento e aleitação.

13. Acresce que, o interesse público é noção que não se opõe necessariamente a interesse particular, antes deverá representar o melhor equilíbrio entre os interesses em presença.

14. Assim sendo, não prosseguir o interesse da beneficiária em receber o subsídio de maternidade sem que a tal se oponha qualquer interesse público digno de relevo ou de prevalência sobre aquele, é solução que claramente atenta contra os princípios da proporcionalidade e da prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos (arts. 266º, n.ºs. 1 e 2 da C.R.P. e 4º e 5º do C.P.A.).

15. Em face do exposto, tenho por bem formular a V.Exa. a presente

Recomendação

No sentido de promover a revisão do processo e revogar o acto de indeferimento da atribuição do subsídio de maternidade, com fundamento de mérito, nos termos do art.º 140º, n.º1, do Código do Procedimento Administrativo.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Ministro da Educação

R-3793/97
Rec. n.º 28/A/98
1998.04.29

Foram-me dirigidas duas reclamações nas quais se contesta o facto de, no âmbito do concurso de acesso ao ensino superior público do ano de 1997 - 1998, todas as vagas abertas pela Universidade dos Açores e pelas Escolas Superiores de Enfermagem de Angra do Heroísmo e de Ponta Delgada terem sido preenchidas por candidatos oriundos da Região Autónoma dos Açores, que para tanto beneficiaram do regime da "prioridade absoluta" previsto no artigo 27.º do "Regulamento do Concurso Nacional de Acesso ao Ensino Superior Público para a Matrícula e Inscrição no Ano Lectivo de 1997 - 1998", contido na Portaria n.º 428/97, de 30 de Junho.

A este propósito foi contactado o Departamento do Ensino Superior que, em resposta, confirmou estar a ser aplicada desde há vários anos a prioridade absoluta nos termos acima enunciados, acrescentando ainda que o mesmo procedimento é adoptado para a colocação de candidatos em estabelecimentos situados na Região Autónoma da Madeira, ao abrigo do disposto no artigo 28.º do Regulamento.

Apreciada a questão, concluí pela ilegalidade a vários títulos da actuação aqui reclamada, nos termos adiante explicitados.

1. Antes do mais, a colocação realizada é ilegítima por violar o princípio constitucional da igualdade, porquanto:

Ao contrário do que sucede com os contingentes especiais ou com as preferências regionais, a prioridade absoluta, nos termos em que foi aplicada, estabelece um benefício em favor de determinado grupo de candidatos, independentemente do número de candidatos que integrem esse grupo.

Sem qualquer limitação quantitativa, o critério subjacente à prioridade absoluta funciona, para os estabelecimentos em questão, como se de um critério geral de seriação se tratasse, por via do qual são colocados preferencialmente todos os candidatos "prioritários"; todos os outros, independentemente do contingente por que concorram, geral ou especial, ou da média que apresentem, serão remetidos na ordem de colocação para posições posteriores.

Ora, à luz dos valores que devem nortear a seriação de candidatos no concurso geral de acesso ao ensino superior público, a utilização de um critério geral de seriação de preferência regional, não pode deixar de se considerar como sendo materialmente infundada, além de injusta para com os demais candidatos não beneficiados, designadamente os que, por via do seu maior mérito escolar, pudessem normalmente ingressar nos estabelecimentos envolvidos.

Nessa medida, a prioridade absoluta , tal como foi concedida, será claramente atentatória do princípio constitucional da igualdade, contido no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

2. A interpretação feita dos artigos 27.º e 28.º da Portaria n.º 428/97 de 30 de Junho, viola ainda, de dois modos distintos, a norma habilitante dessa portaria, o "regime do concurso nacional de acesso ao ensino superior", contido no Decreto-Lei n.º 28-A/96, de 4 de Abril.

Assim, por um lado, o concurso em que o critério de preferência regional opere torna-se, necessariamente, um concurso regional, uma vez que por seu intermédio serão colocados antes de mais - e muitas vezes, apenas - candidatos da região "beneficiada".

Nessa medida é violado o princípio que obriga a que o preenchimento das vagas de cada par estabelecimento/curso de ensino superior seja feito por meio de concurso nacional (cfr. artigo 3.º, n.º 2 e artigo 21.º, n.º 1 do Regime).

Por outro lado, seriando em primeiro lugar os alunos oriundos de determinada região, a aplicação da prioridade absoluta, nos moldes em que tem vindo a ser realizada, viola o critério geral de seriação previsto no Regime, que assenta, como se sabe, na preferência dada à maior nota de candidatura (cfr. artigo 26.º).

3. A acrescer ao exposto, outra circunstância concorre ainda para a formulação de um juízo de censura sobre o procedimento aqui apreciado: o ingresso indiscriminado e sem qualquer exigência de nível qualitativo de alunos das Regiões Autónomas nos estabelecimentos locais, contribuirá, a prazo, para um inevitável abaixamento da qualidade do ensino naqueles estabelecimentos, facto que, no limite, representará um grave prejuízo para as próprias Regiões, resultado oposto ao inicialmente prosseguido pelo regime da prioridade absoluta.

4. Cabe ainda, no âmbito da presente questão, tecer as seguintes considerações:

A existência nas Regiões Autónomas de estabelecimentos de ensino superior reveste um indiscutível interesse regional, entre outras razões, por permitir um crescimento cultural e científico da população local, crescimento que se reputa de

essencial para o desenvolvimento das Regiões em causa.

Daqui decorre ser natural que uma frequência significativa daqueles estabelecimentos deva ser feita por parte de alunos oriundos das Regiões Autónomas.

Com esse intuito terá, aliás, sido criado o sistema da prioridade absoluta, aqui analisado, o qual, pelas razões que ficaram atrás expostas, não é admissível num contexto de um concurso nacional de acesso ao ensino superior.

Em contrapartida, existe uma figura no quadro normativo do sistema de acesso que, sem os inconvenientes apontados à prioridade absoluta, permite alcançar em grande medida os objectivos a que esta se propunha.

Trata-se da "preferência regional", prevista no artigo 31.º do Regime, por via da qual os alunos oriundos da área de determinado estabelecimento poderão merecer preferência na colocação em até 50% das vagas existentes em cada curso ministrado nesse estabelecimento.

Embora dirigida prioritariamente a cursos politécnicos, a preferência regional poderá também ser concedida na colocação em cursos universitários, nas condições previstas no artigo 31.º, n.º 3 do Regime, condições que se verificam plenamente nas universidades da Madeira e dos Açores. Sendo assim, considero ser a todos os títulos desejável que o tratamento privilegiado concedido aos candidatos dos Açores e da Madeira que pretendam ingressar nos estabelecimentos das suas regiões passe a consistir na concessão da preferência regional.

5. Sendo ilegal a vários títulos, o procedimento aqui em apreço deveria ser integralmente repetido, observando-se desta feita o disposto na lei a este propósito. Sucede que, vigorando o princípio da salvaguarda das colocações em estabelecimentos de ensino superior ainda que realizadas por lapso, qualquer nova colocação teria de socorrer-se da criação de novas vagas, facto que, considerando o previsível largo número de novos candidatos a admitir, provocaria uma situação de ruptura nos estabelecimentos de ensino envolvidos, pelo que entendo restringir o âmbito da presente reclamação aos casos futuros.

Assim, ao abrigo do disposto no artigo 20.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que a partir do próximo concurso de acesso a aplicação de prioridade absoluta seja alterada, conferindo-se a preferência regional prevista no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 28-A/96, de 4 de Abril, aos candidatos oriundos da Madeira e dos Açores.

Recomendação acatada

Exmo. Senhor
Director-Geral da Saúde

R-970/97
Rec. n.º 40/A/97
1998.05.29

1. A Senhora D... dirigiu-me uma reclamação relativa à emissão do formulário E 112 a favor de sua mãe M...

2. De acordo com aquela exposição, verificaram-se os seguintes factos:

2.1. M... residia em Vialonga, Portugal.

2.2. Em Abril de 1995 deslocou-se a França, sendo portadora do Modelo E 111.

2.3. Nesse mesmo mês, em momento prévio à partida para França, terá feito exames médicos, não lhe tendo sido diagnosticada qualquer doença.

2.4. Voltou a Portugal em Julho do mesmo ano, sem que tenha dado qualquer utilização àquele Modelo E 111.

2.5. Em Setembro desse ano voltou a França, não sendo, desta vez, portadora de qualquer Modelo porquanto terá sido informada que só era emitido um Modelo E 111 por ano, com a validade de três meses.

2.6. Nesse mesmo mês de Setembro adoeceu, tendo vindo a ser operada à vesícula.

2.7. Perante essas circunstâncias, foi emitido um Modelo E 111.

2.8. Em Fevereiro de 1996 foi-lhe diagnosticado um cancro no estômago, tendo vindo a ser operada de urgência e ficado internada entre o dia 27 desse mesmo mês e o dia 26 de Março seguinte.

2.9. Foi solicitado e emitido um Modelo E 111, que cobriu as despesas do hospital.

2.10. Subsequentemente,a doente foi submetida a tratamento por quimioterapia e internada diversas vezes.

2.11. A doente veio a falecer em 24 de Setembro de 1996.

3. A questão suscitada pela reclamante, no quadro circunstancial acima referido, prende-se com o facto de essa Direcção-Geral de Saúde ter emitido parecer desfavorável à emissão do formulário E 112, que desse cobertura às despesas decorrentes do tratamento por quimioterapia, bem como dos internamentos subsequentes à cirurgia.

4. Com efeito, essa Direcção-Geral de Saúde, emitiu parecer desfavorável à emissão do formulário E 112, ao abrigo do art.º 22º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 1.408/71, do Conselho, de 14 de Junho de 1971, conforme resulta do ofício n.º 16.291, de 18 de Setembro de 1996, dirigido ao Senhor Coordenador da Sub-Região de Saúde de Lisboa.

5. Esse parecer, conforme o ofício n.º 17.548, de 31 de Outubro, dirigido a esta Provedoria de Justiça, assentou nas seguintes ordens de razões:

5.1. O formulário E 112 pode ser emitido na situação de transferência de residência ou regresso ao território do Estado-membro em que reside o beneficiário da segurança social e, bem assim, de recurso para tratamentos adequados ao estado de saúde daquele, desde que autorizado previamente pela instituição competente, excepto se puderem ser invocados motivos de força maior, atento o disposto no art.º 22º, n.º 1, alíneas b) e c) do do Regulamento n.º 1.408/71, do Conselho, de 14 de Junho de 1971 e art.º 22º do Reg. (CEE) n.º 574/72, do Conselho, de 21 de Março de 1972.

5.2. Essa Direcção-Geral apenas é solicitada a emitir pareceres nos casos em que o acesso aos estabelecimentos de saúde estrangeiros se verifica ao abrigo do art.º 22º, n.º 1, al. c). do Regulamento (CEE) n.º 1.408/71, do Conselho, de 14 de Junho de 1971 e a propósito de relatórios médicos portugueses que por forma circunstanciada tentem justificar a necessidade daquele acesso, designadamente, com base na invocação de insuficiência de meios técnicos e humanos para fazer face a uma determinada patologia.

5.3. A emissão do formulário E 111 tem lugar nos casos de deslocação temporária quando se verifique a conjugação simultânea da necessidade e da urgência dos cuidados de saúde de que carece o beneficiário.

5.4. Nas situações de transferência de residência ou de regresso ao Estado de residência, só o estado de saúde ou a aplicação de um tratamento médico podem ser impeditivas dessa deslocação, conforme decorre do art.º 22º, n.º 1, als. a) e b), e n.º 2.

5.5. No caso em apreço, está-se perante um caso de emissão do formulário E 112, ao abrigo do referido art. 22º, al. c), para cobrir uma prescrição de tratamentos de quimioterapia de um médico francês para uma nacional portuguesa já deslocada em França.

5.6. Esta situação não integra a previsão da norma legal atrás referida, na medida em que esta exige que a doente se encontre no nosso País, apresente um

relatório justificativo da deslocação para tratamento subscrito por um serviço de saúde português e obtenha uma autorização prévia, excepto se aduzir motivos de força maior, e eles forem reconhecidos como justificativos da não organização prévia do próprio processo de deslocação.

6. Em ordem a clarificar, tanto quanto possível, as circunstâncias que rodearam os factos acima referidos, foi solicitada à Extensão de Saúde de Vialonga do Centro de Saúde da Póvoa de Santa Iria informação quanto à situação clínica da beneficiária no momento anterior da sua estada em França.

7. O Médico de Família informou que:

7.1. A Senhora D... havia sido observada em diversas ocasiões, constando do registo clínico várias consultas ocasionais, a última das quais em 4 de Abril de 1995;

7.2. Na ficha clínica não consta qualquer sintomatologia ou exame complementar de diagnóstico que pudesse levar a colocar a hipótese de patologia gástrica.

8. A data da última consulta efectuada pela beneficiária permite admitir, com um altíssimo grau de probabilidade, como confirmada a afirmação da filha, segundo a qual, a mãe fora observada em momento prévio à partida para França e não lhe fora diagnosticada qualquer doença.

9. Essa confirmação resulta, também, dos elementos de natureza médica conhecidos, que atestam que as doenças diagnosticadas à beneficiária foram diagnosticadas quando ela já se encontrava em França.

10. Tais elementos, incluem uma declaração médica de acordo com a qual o tratamento por quimioterapia subsequente à intervenção cirúrgica foi considerado indispensável.

11. Essa Direcção-Geral de Saúde, apesar disso, entendeu que o tratamento por quimioterapia a que a doente foi submetida, um mês após a intervenção cirúrgica, não assumia características de necessidade imediata; isto é, considerou que a quimioterapia lhe poderia ter sido ministrada nos serviços de saúde oficiais portugueses se a doente tivesse regressado ao país da sua residência.

12. A esse propósito, dá-se um exemplo para distinguir as situações de tratamento no que respeita ao imediatismo.

De acordo com esse exemplo, esse imediatismo verificar-se-á quanto a uma dor de dentes, mas não quanto ao tratamento dentário.

13. Esse exemplo, todavia, é, antes de mais, ilustrativo da diferença entre a natureza das duas situações, bem como das próprias curcunstâncias que envolvem uma e outra.

14. Adoptando-se o critério explicitado por essa Direcção-Geral através daquele exemplo, a beneficiária, após a operação a que foi submetida de urgência, para beneficiar de protecção, no que respeitava à quimioterapia e aos internamentos, teria que ter regressado a Portugal.

15. No entanto, não está, neste caso, em causa a mera apreciação da possibilidade ou impossibilidade desse tratamento poder ter lugar em Portugal.

16. A questão que se nos coloca é a de saber se era moral e legalmente exigível que esse regresso se tivesse verificado para que a beneficiária pudesse usufruir da protecção prevista.

17. Se se tiver presente o trauma resultante da descoberta da doença, a cirurgia urgente a que foi submetida, as sequelas físicas e psicológicas dela decorrentes, o facto de ter permanecido doente após aquela operação e, finalmente, o facto de ter a família em França, dificilmente se poderá admitir tal exigência.

18. Nessas circunstâncias, uma tal exigência é incompatível com os princípios humanistas que regem a sociedade portuguesa, pelo que, para além de injusta, é contrária ao espírito do legislador europeu.

19. Com efeito, indiciariamente, a situação ora em causa, constitui um caso em que o estado de saúde ou a aplicação do tratamento médico se constituíram como impedimentos ao regresso ao Estado de residência, que essa própria Direcção-Geral admite integrar a previsão do art.º 22º, n.º1, als.a) e b), e n.º2, do do Regulamento n.º 1.408/71, do Conselho, de 14 de Junho de 1971, para efeitos da emissão do formulário E 111.

20. Sendo que, face às circunstâncias conhecidas, também não violentaria o espírito do legislador considerar que se verificaram motivos de força maior que obstaram à organização do processo de autorização à deslocação a outro Estado-membro, a fim de a beneficiária nele receber os tratamentos adequados ao seu estado, para efeitos do art.º 22º, n.º 1, al. c) do mesmo Regulamento.

21. Na verdade, parece-me essencial que a interpretação do art. 22º do Regulamento n.º 1.408/71, do Conselho, de 14 de Junho de 1971, integre uma ponderação à luz do princípio de justiça, por forma a assegurar que o objectivo visado pela vontade do legislador quanto às garantias relativas à protecção aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores não assalariados e membros da sua família que se deslocam no interior da União Europeia.

22. Em face do exposto,

Recomendo

A V.Exa. que seja emitido o formulário considerado competente, ao abrigo do art. 22º do Regulamento n.º 1.408/71, do Conselho, de 14 de Junho de 1971, por forma a garantir a protecção a que a beneficiária tinha direito.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente do Conselho
Directivo do Centro Nacional de Pensões

R-4639/97
Rec. n.º 44/A/98
1998.06.18

1. O Senhor J..., dirigiu-me uma reclamação onde alega, essencialmente, o seguinte:

1.1. Em 1992 requereu a atribuição da pensão unificada à Caixa Geral de Aposentações, tendo-lhe sido atribuída a pensão provisória no valor de 203.179$00.

1.2. Esse Centro Nacional de Pensões informou-o, em 29 de Outubro de 1992, que não tinha direito à atribuição da pensão unificada por estar abrangido por um regime de segurança social de um país em relação ao qual Portugal se encontrava vinculado por força de um instrumento internacional.

1.3. Em 9 de Fevereiro de 1993 a Caixa Geral de Aposentações notificou-o do valor definitivo da pensão, 167.296$00, fundamentando a redução verificada na impossibilidade de aplicação do regime da pensão unificada, dado o facto de ter pertencido a um regime especial e nos termos do art.º 14º do Decreto-Lei n.º 143/88, de 22 de Abril.

2. Com efeito, o reclamante trabalhara perto de dois anos e meio nos Estados Unidos da América.

3. Nesta circunstâncias, o reclamante solicitou às autoridades norte-americanas informação quanto à possibilidade de a inscrição no sistema de segurança de segurança social referente àquele período lhe proporcionar a atribuição de protecção face às eventualidades velhice e invalidez.

4. Os serviços de segurança social norte americanos vieram a informar, em 5 de

Janeiro de 1994, que o reclamante não tem, por força daquela inscrição, direito a qualquer prestação atribuível no âmbito da protecção das eventualidades velhice e invalidez.

5. O reclamante ao ser notificado do indeferimento da pensão unificada por esse Centro Nacional de Pensões, foi, também, informado de que teria direito a uma pensão de acordo com a convenção internacional, caso viesse a requerê-la.

6. Tendo requerido a pensão de invalidez, a mesma foi-lhe atribuída, com efeitos a Fevereiro de 1995, sem que, todavia, incluísse qualquer componente relativa ao trabalho prestado no estrangeiro.

7. O que levou o exponente a reclamar, em 28 de Setembro de 1995, através de carta dirigida ao Centro Coordenador de Prestações Diferidas da Região Autónoma dos Açores.

8. Na falta de resposta à sua reclamação, o exponente insistiu em 12 de Março de 1997, tendo recebido a resposta daquele Centro, em 18 de Abril de 1997, que lhe transmitia uma informação oriunda dos Estados Unidos, datada de 18 de Outubro de 1996, de acordo com a qual não tinha direito aos benefícios sociais atribuíveis por aquele sistema.

9. O reclamante, face a esta resposta, solicitou ao referido Centro Coordenador de Prestações Diferidas a reabertura do processo de atribuição da pensão unificada, o que foi feito, tendo sido remetido um fax, para o efeito, à Caixa Geral de Aposentações.

10. A Caixa Geral de Aposentações não deu provimento ao pedido porque esse Centro Nacional de Pensões informara que o mesmo fora arquivado dado que o exponente trabalhara nos Estados Unidos da América e estivera abrangido pela Segurança Social daquele país.

11. É, pois, esta decisão que está em causa e com a qual não posso deixar de discordar pelas razões que passo a expor.

12. O Decreto-Lei n.º 143/88, de 22 de Abril, excluía da respectiva aplicação os beneficiários que, no decurso da sua actividade profissional, estivessem abrangidos também por legislação de segurança social de países em relação aos quais Portugal se encontrasse vinculado por força de instrumento normativo internacional.

13. A decisão quanto à aplicabilidade do regime da pensão unificada ao exponente, como já se disse no ofício n.º 2.781 de 12 de Fevereiro de 1998, desta Provedoria de Justiça, depende, essencialmente, da interpretação a conferir ao

requisito negativo de se encontrar abrangido por legislação de segurança social estrangeira.

14. Em que termos haverá, pois, que considerar-se, para aquele efeito, um indivíduo deve considerar-se "abrangido" por um sistema de segurança social?

15. Num critério mais lato, poderá considerar-se essa circunstância como tratando-se da inscrição num sistema de segurança social e, logo, da possibilidade desse sistema de lhe proporcionar um qualquer tipo de protecção.

Num critério mais restrito, somente a possibilidade de a legislação desse sistema proporcionar protecção face a uma determinada eventualidade considerada em concreto.

Qual, então, desses entendimentos é o que melhor corresponde ao espírito da lei?

16. A pensão unificada apareceu como uma medida integrada num processo de harmonização decorrente da necessidade de dar cumprimento ao art.º 63º da Constituição da República Portuguesa no que respeita à existência de um sistema unificado de segurança social e ao art.º 70º da Lei de Bases da Segurança Social - Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto- que preconiza a criação de um sistema unitário de segurança social.

17. Porém, no próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 143/88, de 22 de Abril, que veio instituir o regime jurídico da pensão unificada, reconhece-se que o processo de harmonização haveria que ser gradual, não sendo "...facilmente atingível em todas as prestações, face às divergências mais profundas entretanto criadas pelos regimes e ao respeito das legítimas expectativas dos trabalhadores, que a Segurança Social defende e pratica, mas não impede, em muitos aspectos, a progressiva adopção de medidas de aproximação dos dois sistemas.".

18. É, pois, nesse contexto que, mais à frente no preâmbulo, se refere "...a possibilidade de atribuição de uma pensão unificada sempre que, no exercício da sua actividade, o trabalhador esteja abrangido pelo sistema de segurança social e pelo sistema de protecção própria dos trabalhadores da função pública.".

19. Resulta, pois, destas considerações do legislador, expressas no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 143/88, que a pensão unificada constitui uma medida que se insere num processo de harmonização progressiva de dois regimes de protecção social, o qual se desenvolverá gradualmente quanto às diversas prestações correspondentes.

20. Mas, por outro lado, resulta, também, dessas considerações que, embora o regime da pensão unificada se integre num processo mais lato de harmonização, constitui-se, em si próprio, como uma medida de alcance mais restrito porquanto é

uma medida direccionada especificamente à protecção conferida pelos dois sistemas nas eventualidades velhice e invalidez.

21. Tratando-se de uma medida de harmonização com alcance restrito, não faz sentido nela considerar outras prestações que não sejam aquelas que, no momento, foram objecto daquele processo de harmonização de regimes.

22. Com efeito, o regime da pensão unificada tem por objectivo, como veio a ser inequivocamente expresso pelo legislador no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 159/92, de 31 de Julho, "...a totalização dos períodos contributivos cumpridos ao abrigo do regime geral da função pública, numa perspectiva de articulação entre os dois sistemas de protecção social".

23. Ora, sendo inquestionável o alcance restrito da medida que correspondeu à consagração da possibilidade da atribuição da pensão unificada, não pode deixar de perguntar-se que sentido teria, para esse efeito específico, conferir relevância a inscrições em sistemas de segurança social estrangeiros que (em função do decurso de períodos de residência, de inscrição, de tempo de trabalho, contribuições ou outras condições normalmente designadas como prazos de garantia) não garantem aos beneficiários protecção face às eventualidades velhice e invalidez?

24. Na verdade, compreende-se que o legislador tenha pretendido acautelar o processo de harmonização relativo às duas prestações em causa face à eventual verificação de efeitos perversos decorrentes do direito à atribuição de prestações semelhantes no âmbito de um terceiro sistema, nomeadamente, estrangeiro.

No entanto, já não se compreende que se pretenda excluir do regime da pensão unificada beneficiários que, apesar de terem estado abrangidos por legislação de segurança social estrangeira, dessa inscrição não resulta o direito às prestações em causa, isto é, o direito à atribuição de uma pensão de velhice ou de invalidez.

25. A vontade do legislador foi, pois, a de delimitar o tipo de situações abrangidas por legislação de segurança social estrangeira, no sentido restrito referido no n.º 15 supra.

26. E, tanto assim foi que a exclusão constante no art.º 14º foi prevista sob a epígrafe "Pensões de país estrangeiro".

27. Deve-se, pois, entender que a exclusão do regime da pensão unificada está prevista apenas para os casos em que se verifica a intervenção de um terceiro regime (estrangeiro) no domínio da atribuição de prestações tendentes a assegurar a protecção da eventualidade em causa.

28. Acresce que, uma vez que foi demonstrada a ineficácia da inscrição no sistema de segurança social norte americano no que respeita à protecção nas eventualidades velhice e invalidez, considero profundamente injusto que se pretenda excluir o reclamante do regime da pensão unificada.

29. Faço notar, finalmente, que ao contrário do referido no ofício n.º 7.126, de 9 de Março de 1998, desse Centro Nacional de Pensões, a reclamação ora em causa não é extemporânea.

30. Com efeito, presente que seja o referido nos ns. 3 a 9 supra, facilmente se verifica que o reclamante nunca se conformou com a decisão de indeferimento da atribuição da pensão unificada tendo manifestado junto da administração pública essa sua posição.

31. Refira-se, a propósito, que o Centro Nacional de Pensões a que V. Exa. preside apenas em 18 de Abril de 1997 informou o reclamante que não tinha direito aos benefícios sociais atribuíveis pelo sistema de segurança social norte-americano.

Em face do exposto,

Recomendo

a V.Exa. a revogação do acto de indeferimento da atribuição da pensão unificada, com a comunicação à Caixa Geral de Aposentações do encargo a suportar pelo Centro Nacional de Pensões.

Recomendação acatada por alteração legislativa

A
Sua Excelência
a Ministra da Saúde

C/c.
Presidente do Conselho de Administração
do Hospital de Santo António.

R-860/94
R-5694/96
R-1673/98
Rec n º 75/A/98
Rec. n.º 11/B/98
1998.11.27

Compensação dos cidadãos vítimas de contágio pelos vírus da imunodeficiência humana (VIH) em consequência de transfusões de sangue ou de derivados sanguíneos realizadas em estabelecimentos de saúde.

1. Foi-me apresentada, por duas cidadãs nacionais, a situação dramática em que se encontram presentemente, quer em termos de sáude, quer em termos sociais, em virtude de terem sido vítimas de contágio pelo vírus da imunodeficiência humana em estabelecimentos de saúde.

2. O primeiro caso concreto de que me foi dado conhecimento dizia respeito a uma senhora idosa que, tendo tido necessidade de ser submetida a uma intervenção cirúrgica, em 1994, recebeu uma transfusão de sangue com uma unidade de concentrado eritrocitário proveniente do Hospital Condes de Castro Guimarães, em Cascais, correspondente a um dador que se veio a verificar, mais tarde, ser seropositivo para o VIH 1.

Após inúmeras diligências instrutórias levadas a cabo por esta Provedoria, veio a concluir-se que não houve violação das normas legais, regulamentares e técnicas em vigor em matéria de colheita de sangue, bem como que não se registou qualquer conduta culposa dos profissionais de saúde envolvidos no processo de recolha de sangue, pelo que não é possível assacar à Administração responsabilidade civil extra-contratual por facto ilícito, por não se encontrarem reunidos os respectivos pressupostos, nomeadamente os da ilicitude e da culpa.

Com efeito, foram observados por aquele Hospital todos os cuidados exigidos na recolha de sangue ao dador em causa e na respectiva análise, no que concerne à

prevenção do VIH 1 e 2, em conformidade, aliás, com o disposto no Despacho Ministerial n.º 19/91, de 14 de Agosto, publicado na IIª Série do Diário da República, de 12 de Setembro. Tudo leva a crer que o dador se encontrava no designado "período de janela serológica", período que medeia entre a infecção do VIH e a respectiva detecção.

3. A segunda situação que me foi apresentada diz respeito à Senhora D. M... que sofreu um acidente de viação em 1987, na sequência do qual foi conduzida ao Hospital de Santo António, no Porto, tendo sido transfundida em 15.10.87 com uma unidade de plasma, colhida em 9 de Abril do mesmo ano, de determinado dador, cujo teste para o VIH 1 se revelou negativo. Quando a mesma senhora, em 1996, realizou análises de rotina, veio, então, a ter conhecimento de que era portadora do vírus do VIH 2. Apurados os factos, confirmados por inspecção realizada no próprio Hospital de Santo António por uma equipa desta Provedoria, concluiu-se que a seropositividade para o VIH 2 daquele dador só foi conhecida em 28.10.87, tendo este teste correspondido a uma das primeiras análises efectuadas naquele Hospital, a título experimental, para detecção do VIH 2. Assim, a transfusão da unidade de plasma em causa, em 15.10.87, foi efectuada imediatamente antes de ter sido possível realizar o diagnóstico para o VIH 2 àquele dador.

Nada, porém, ficou provado que permitisse qualificar a transfusão em causa como desconforme às *leges artis*, nem ao estado dos conhecimentos e experiência da medicina. Com efeito, os meios de rastreio do VIH 2 só em finais de 1987 começaram a ser utilizados em estabelecimentos públicos de saúde nacionais e, de modo algum, se generalizou nesse mesmo ano a sua prática para despistagem de dádivas de sangue. Acresce que, apenas em 1989, através do despacho n.º 31/89, de 6.08.89, publicado na IIª Série do Diário da República de 26.08.89, foi determinado pela Senhora Ministra da Saúde que todo o sangue colhido para fins terapêuticos fosse submetido a testes de despistagem daquele vírus.

Daqui decorre que, também neste caso, não é possível imputar à Administração responsabilidade civil extra-contratual por facto ilícito em relação ao dano causado à reclamante por, de igual modo, aqui não se acharem reunidos os pressupostos da ilicitude e culpa.

4. Convém ainda recordar os casos do Hospital Dª Maria Pia, em face dos quais determinei a abertura de um processo na Provedoria de Justiça. No âmbito do mesmo, apurou-se que o dador infectado efectuou dádivas regularmente, nas décadas de 70 e 80, em diversos hospitais do Porto, nomeadamente no Hospital de Santo António. O primeiro rastreio, feito a estes dador, com resultado positivo para o VIH 2 foi

realizado, neste último Hospital, em 28.10.87. Trata-se, aliás, do mesmo dador que deu origem à situação anterior.

No Hospital Dª Maria Pia, foram identificadas, a partir dos elementos disponíveis no respectivo registo, 13 crianças a quem havia sido administrado sangue daquele dador, entre 1977 e 1984.

Após aturado inquérito, concluiu-se que, uma vez conhecida a origem da seropositividade das crianças, os médicos e os responsáveis hospitalares envolvidos tomaram todas as providências necessárias a garantir a informação e aconselhamento médico das mesmas, usando de diligência adequada.

Neste caso, importa ter em conta que, em 1984, ano a que se reportam as últimas transfusões de sangue que deram origem aos casos do Hospital Dª. Maria Pia, não havia ainda sido isolado o vírus do VIH 2, nem se conhecia a respectiva forma de transmissão endovenosa.

5. Afastada, pois, a responsabilidade civil por facto ilícito e culposo da Administração, entendo que a actividade de recolha de sangue e respectiva transfusão também não se pode enquadrar, actualmente, no âmbito da responsabilidade objectiva do Estado.

Com efeito, o princípio autónomo da responsabilidade objectiva do Estado resulta não apenas do artigo 8º do Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967 (responsabilidade pelo risco), mas também do artigo 9º do mesmo diploma (responsabilidade por facto lícito), delimitando-se aí os casos em que o Estado é obrigado a indemnizar os particulares pelos danos resultantes da sua actividade administrativa. Esta responsabilidade assume, no entender de Gomes Canotilho (*O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*, Coimbra, 1974, pág. 94 e ss.), carácter geral e não meramente excepcional. No mesmo sentido se pronuncia Rui Medeiros (*Ensaio sobre a responsabilidade do Estado por actos legislativos*, Coimbra, 1992, pág. 308).

Não irei debruçar-me nesta análise sobre o artigo 9º do citado diploma, porquanto o mesmo não tem aplicação nos casos em apreciação. Na verdade, a responsabilidade do Estado por facto lícito, ali prevista, decorre da reconhecida necessidade de imposição de encargos ou prejuízos especiais e anormais a particulares em ordem a prosseguir o interesse geral, o que não teve lugar manifestamente nestes casos. Na verdade, nos casos que nos ocupam não só eram imprevisíveis os danos que resultaram para as vítimas dos actos de transfusão, como

também tais actos foram praticados, em primeira linha, no interesse dos próprios, sem prejuízo de não estar afastada a prossecução do interesse público, como adiante se refere.

Centrar-me-ei, pois, apenas na responsabilidade objectiva do Estado pelo risco, prevista no artigo 8º do mesmo diploma legal, a qual obtém o seu fundamento na especialidade e anormalidade dos prejuízos causados, quando emergentes do funcionamento de serviços excepcionalmente perigosos ou de coisas e actividades da mesma natureza.

Importa, assim, antes de mais, analisar se a actividade de colheita de sangue e consequente transfusão poderá ser considerada uma actividade excepcionalmente perigosa, uma vez que dúvidas não subsistem quanto à especialidade e anormalidade do dano nestas situações. Trata-se de dano especial, porquanto recai apenas sobre as vítimas de contágio e não sobre a generalidade dos administrados, e anormal na medida em que se apresenta como manifestamente desproporcionado, atingindo a integridade física e a vida dos lesados.

Embora se possa considerar que esta actividade, enquanto desenvolvida em estabelecimentos ou serviços dependentes do Ministério da Saúde, é uma actividade destinada a prosseguir o interesse público, já que ela é essencial para a satisfação de necessidades básicas da comunidade que resultam do direito à protecção da saúde, direito este constitucionalmente consagrado, tal facto não é suficiente, só por si, para qualificar essa actividade como excepcionalmente perigosa.

Na verdade, importa proceder a uma redução teleológica do conceito de perigo excepcional, considerando que a excepcionalidade deste é mitigada à medida que deixa de haver convergência entre interesse público e interesse particular e que este se sobrepõe àquele.

Por outro lado, do conjunto das diligências instrutórias realizadas, apurou-se que, actualmente, os riscos de contaminação, em virtude do acto de transfusão, são ínfimos, já que as administrações hospitalares têm vindo a efectuar volumosos investimentos no controle da qualidade do sangue. A comunidade científica tem entendido que a despistagem sistemática de anticorpos VIH se tem revelado uma medida eficaz, não sendo relevante a margem de risco existente.

Acresce que a jurisprudência portuguesa sobre esta matéria é ainda bastante escassa, só sendo, aliás, conhecida, até ao momento presente, uma sentença judicial que se debruçou sobre este assunto e diz respeito a uma das crianças contaminadas no Hospital Dª Maria Pia (Acção ordinária n.º 644/95, que correu termos no Tribunal Administrativo do Círculo do Porto). Aqui, foi acolhido o entendimento anteriormente

perfilhado no Acordão do Supremo Tribunal Administrativo de 23.04.96 (Processo n.º 38049), a propósito de uma intervenção cirúrgica de otorrinolaringologia, para concluir que uma intervenção cirúrgica normal, assim como uma transfusão sanguínea, que se fazem todos os dias nos hospitais, não se podem considerar actividades excepcionalmente perigosas, não obstante *"haja sempre um risco remoto, imprevisível, de qualquer complicação. Excepcionalmente perigosas são aquelas intervenções cirúrgicas que, para o estado da medicina ao tempo das mesmas, impliquem uma pequena expectativa de sucesso, sem contar com qualquer risco imprevisível".*

Foi, assim, reconhecido que não é inerente à transfusão de sangue *"uma alta probabilidade"* de causar danos.

Não obstante o risco marginal resultante do chamado "período de janela", durante o qual o vírus, numa fase embrionária de presença no organismo humano, permanece insensível à maioria de reagentes, não pode falar-se em excepcional perigosidade. Não são maiores os riscos do que os que se verificam em muitas intervenções cirúrgicas.

Assim, a actividade de colheita e transfusão de sangue não pode ser considerada hoje como uma actividade perigosa e, nessa medida, geradora de responsabilidade pelo risco da Administração.

6. Todavia, cumpre introduzir aqui uma distinção relevante, sobre a qual não se debruçou aquela sentença, que respeita à apreciação da excepcional perigosidade do acto de transfusão à data da ocorrência dos factos.

Como já referi, em 1984, apesar de o vírus do VIH 2 ainda não estar isolado, o mesmo era já susceptível de ser transmitido por via endovenosa e de causar doença.

A excepcionalidade do perigo, prevista no artigo 8º do Decreto-Lei n.º 48051, não pode ser senão reportada ao momento da prática do acto que veio a revelar-se lesivo. O que é determinante para a assunção da responsabilidade por parte do Estado é que o lesado tenha sido exposto a um perigo excepcional e daí tenham resultado danos. Assim, é claro que, ao aferir da exposição ao perigo, o julgador deve reportar o seu juízo ao momento do facto e não àquele em que julga.

No entanto, a responsabilidade pelo risco acaba por ser afastada, no caso do Hospital D. Maria Pia, por outra via - a de não verificação de nexo causal, ponderado este à luz do conceito de causalidade adequada, hoje claramente acolhido no direito civil.

Como explica Mário Júlio de Almeida e Costa (*Direito das Obrigações*, Coimbra,

1984, p. 519), no juízo de adequação deve atender-se às circunstâncias cognoscíveis, por uma pessoa normal, à data da produção do facto, para além da realidade conhecida do agente. Ou seja, a causa adequada não é qualquer facto que, no caso, tenha sido condição *sine qua non* do dano, mas sim aquele que, em abstracto e de acordo com a experiência comum, seja adequado a produzi-lo.

No mesmo sentido se pronuncia Pessoa Jorge (Ensaio sobre a Responsabilidade Civil, Coimbra, 1995, p.392 e ss.), ao referir que "a adequação não abrange apenas a causa e o efeito isoladamente considerados, mas todo o processo causal. É necessário, por outras palavras, que o efeito tenha resultado do facto, considerado causa dele, pelo processo por que este é abstractamente adequado a produzi-lo". E mais adiante acrescenta:"...há pois um juízo sobre a previsibilidade dos danos, a partir de determinada conduta. Como se disse, este juízo tem de reportar-se ao momento do acto lesivo; verificado este, a experiência mostra que era previsível o efeito que se deu".

Ao recorrer à *"experiência comum"* e às *"circunstâncias cognoscíveis por uma pessoa normal",* esta teoria não prescinde das representações subjectivas que a "comunidade" dispunha, no momento da prática do facto, sobre a adequação da causa.

Ora, à data da recolha e transfusão do sangue no Hospital D. Maria Pia, não era ainda conhecido que a transfusão de sangue constituía meio idóneo para transmitir a doença. Assim, à luz dos conhecimentos científicos da época, o acto de transfusão não era adequado à produção de danos por contaminação pelo VIH 2.

O mesmo, porém, não sucedia em 1987. Na verdade, a Senhora D. M... foi transfundida alguns dias antes de se terem iniciado, no Hospital de Santo António do Porto, os primeiros testes de rastreio do vírus do VIH 2, momento em já era conhecido o risco de transmissão do mesmo pelo sangue, bem como as consequências daí decorrentes. Daí que o acto de transfusão realizado a essa data já era causa adequada a produzir os danos emergentes da contaminação.

Nessa medida, considero estarem reunidos, apenas neste último caso, os pressupostos da responsabilidade pelo risco, não só pela especialidade e anormalidade do dano, mas também pela excepcionalidade do perigo.

7. Resulta do exposto que o exercício da actividade de transfusão de sangue poderá, em última análise, conduzir a situações que, independentemente de ilicitude e culpa e, mesmo não sendo enquadráveis no âmbito de uma actividade em si mesma perigosa, sejam susceptíveis de causar danos suficientemente gravosos e insustentáveis para as respectivas vítimas.

Com efeito, existe ainda actualmente um risco residual constituído pela

transmissão potencial do VIH em consequência de transfusões de sangue ou de derivados sanguíneos provenientes de dadores infectados, mas ainda insensíveis ao respectivo anticorpo, segundo o marcador habitualmente usado para detectar os dadores seropositivos.

Por outro lado, há registo de vários casos de pessoas que foram contaminadas em estabelecimentos de saúde antes de se encontrarem disponíveis os meios técnicos de rastreio do VIH 1 e do VIH 2, cujo nexo de causalidade não deixa qualquer margem para dúvidas.

E tais cidadãos vítimas de contágio, quer sejam hemofílicos, quer outras pessoas a quem sejam efectuadas transfusões sanguíneas, relativamente aos quais não subsistam dúvidas quanto à origem da infecção pelo vírus do VIH, merecem ser objecto de especial atenção por parte da comunidade.

As consequências decorrentes de tal contágio levam a que estes cidadãos sejam alvo de danos irreparáveis, quer em termos de saúde, quer em termos sociais. A natureza irreversível e mortal da doença, que se traduz numa degradação progressiva das imunidades do doente relativamente a agentes externos, por um lado, e, por outro lado, o estigma associado a esta doença e a consequente exclusão e marginalização social a que aqueles são votados, impõem que o Estado não possa ficar inerte perante tais situações. Tais efeitos sociais, só por si, são muitas vezes mais penosos para as próprias vítimas do que o facto de as mesmas padecerem de uma doença incurável no actual estado da ciência médica.

Daqui resulta que, em nome do princípio constitucional da solidariedade, deveria ser instituído para todos os cidadãos, vítimas de contágio em estabelecimentos de saúde, um meio de atribuição de compensações semelhante ao facultado, pontualmente, a vítimas de catástrofes naturais (refira-se, como exemplo, o despacho normativo n.º 12/96/MAI, de 8 de Março) ou aos servidores do Estado atingidos por actos de terrorismo (D.L. n.º 324/85, de 6 de Agosto, posteriomente completado pelo artigo 3º do Decreto-Lei n.º 215/87, de 29 de Maio), em cujo preâmbulo se invocam "razões de interesse público ou de ordem moral".

Na mesma linha, foi ainda estabelecido o regime previsto no Decreto-Lei n.º 423/91, de 30 de Outubro, alterado pela Lei n.º 10/96, de 23 de Março, destinado a concretizar o seguro social, ao qual se refere o disposto no artigo 129º do Código Penal.

Nestas situações, o fundamento da indemnização exclui, à partida, toda a ideia

de falta ou culpa do Estado. De facto, ela encontra a sua razão de ser no princípio da solidariedade, o qual justifica, em certas situações absolutamente excepcionais e graves, a consagração de um dever por parte do Estado de assegurar meios que permitam elevar o nível de qualidade de vida deste tipo de vítimas. O que é decisivo, nestes casos, é a gravidade e desproporcionalidade dos danos, o que, só por si, justifica que o Estado se alheie da sua origem e compense a desprotecção social daí decorrente, sem curar de procurar, numa primeira linha, os responsáveis.

E este princípio, como já se referiu, decorre da própria Constituição, no seu artigo 1º, onde se consagra que "Portugal é uma república soberana empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária".

Por outro lado, uma vez que se trata de responsabilidade sem culpa, à vítima competirá apenas provar, para além da sua seropositividade, o nexo de causalidade entre a infecção e o acto de transfusão a que foi submetida.

Trata-se, evidentemente, de uma medida com carácter excepcional, razão pela qual deverá ser cuidadosa e rigorosamente definido o grupo social que dela irá beneficiar.

Medidas semelhante têm vindo a ser adoptadas em alguns ordenamentos jurídicos, como o francês, no qual, através da Lei de 31 de Dezembro de 1991, se asssumiu o pagamento de indemnizações às vítimas de contaminação por conta da concepção de risco social.

8. Reconheço, com apreço, que alguns passos foram já dados no sentido de alcançar maior justiça social nestes casos, com a publicação do Decreto-Lei n.º 216/98, de 16 de Julho, através do qual se consagraram medidas especiais que se traduzem na atribuição do direito à pensão de invalidez para as pessoas infectadas com o vírus do VIH em condições mais favoráveis do que as vigentes no regime geral da segurança social.

Todavia, aquilo que se pretende agora alcançar vai mais longe, porquanto aquela medida, de inegável valor, não é ainda suficiente para ressarcir todos os danos referidos. Não obstante, o âmbito pessoal da medida ora recomendada é mais restrito do que o campo de aplicação daquele diploma, uma vez que tem em vista compensar, apenas, as vítimas de contágio em estabelecimentos de saúde.

9. Cumpre-me, por último, recordar que, embora com algumas diferenças, foi apresentado pelo grupo parlamentar do Partido Socialista, em 1992, o projecto-lei n.º 146/VI, tendo o mesmo sido rejeitado, por votação na generalidade.

10. Assim,

Recomendo

a Vossa Excelência:

a) a adopção de medidas com vista à atribuição de indemnização à Senhora D. M... pelos danos que vierem a ser apurados, decorrentes da unidade de plasma que lhe foi administrada, em 15.10.87, no Hospital de Santo António, no Porto;

b) a consagração de normas destinadas a compensar os danos causados aos cidadãos vítimas de contágio pelo vírus da imunodeficiência humana, por actos de transfusão de sangue ou seus derivados, em estabelecimentos de saúde.

Recomendação sem resposta

2.3.2. Resumos de processos anotados

P-416/95

Assunto: Segurança social. Pensão unificada. Instrumento internacional.

Objecto: Publicação do Decreto-Lei n.º 361/98, de 18 de Novembro, que vem revogar o Decreto-Lei n.º 152/92, de 31/7 e, nomeadamente, alargar o âmbito pessoal do regime da pensão unificada a trabalhadores que, cumulativamente, sejam beneficiários de sistemas de segurança social de países com os quais Portugal tenha convenção sobre tal matéria; actuais pensionistas que não puderam, por esse motivo (art. 1º do Decreto-Lei n.º 159/92), beneficiar do regime da pensão unificada, poderão agora, no prazo de 180 dias, requerer a pensão.

Decisão: Recomendação legislativa (n.º 10/B/96) dirigida ao Senhor Secretário de Estado da Segurança Social, com vista à revogação da norma legal em causa, que acabou por ser acatada através do Decreto-Lei n.º 361/98, de 18-11. Para informação dos pensionistas foi publicada nota de imprensa, explicando o regime e alertando para o período de 180 dias em que a pensão unificada tinha que ser requerida.

Síntese:

1. Na sequência de várias reclamações sobre a impossibilidade de aceder à pensão unificada por pensionistas abrangidos por um sistema de segurança social estrangeiro nos termos do art. 1º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 159/92, de 31-7, considerando a injustiça do regime legal vigente foi formulada recomendação dirigida ao Senhor Secretário de Estado da Segurança Social, com vista à revogação da referida norma legal.

A referida recomendação veio entretanto a ser apreciada no seio de grupo de trabalho criado no âmbito da Direcção-Geral de Regimes da Segurança Social para estudo da alteração do regime jurídico da pensão unificada.

2. A Provedoria de Justiça prosseguiu a instrução do processo no sentido de acompanhar o evoluir dos trabalhos, tendo em vista a adopção da referida medida

legislativa.

O Decreto-Lei n.º 361/98, de 18.11, veio a acatar a recomendação, alargando o âmbito pessoal do regime da pensão unificada a trabalhadores que, cumulativamente, sejam beneficiários de sistemas de segurança social de países com os quais Portugal tenha convenção sobre tal matéria.

3. Com o objectivo de informar os eventuais beneficiários interessados, foi publicada nos meio de comunicação escrita "nota de imprensa" explicativa do novo regime e da necessidade de os requerimentos para aceder à pensão unificada deverem ser apresentados no prazo de 180 dias, conforme o estipulado na lei.

R-3626/96

Assunto: Protecção na doença de trabalhadores domiciliários.

Objecto: Proposta de alargamento da cobertura da eventualidade doença, nomeadamente, atribuição do subsídio de doença aos trabalhadores domiciliários, abrangidos pelo DL n.º 440/91, de 14/11.

Decisão: Arquivamento do processo por publicação de diploma legal no sentido pretendido (DL. n.º 392/98, de 4.12).

Síntese:

1. Um grupo de reclamantes, trabalhadores domiciliários, queixou-se ao provedor de justiça sobre a ausência de qualquer protecção na eventualidade de doença, suscitando, assim, a necessidade da consagração do direito ao subsídio de doença.

2. A Provedoria de Justiça dirigiu-se ao Gabinete do Senhor Secretário de Estado da Segurança Social evidenciando a injustiça do regime jurídico constante do art. 11º do DL. n.º 440/91, de 14.11, ao não reconhecer àquele tipo de trabalhadores adequada protecção na eventualidade de doença, e suscitando a disponibilidade do Governo para adoptar uma medida legislativa que viesse reconhecer aos trabalhadores domiciliários o direito ao subsídio de doença.

3. A proposta formulada pela Provedoria de Justiça foi acolhida pelo Senhor Secretário de Estado da Segurança Social e nesse sentido veio a ser publicado o DL n.º 392/98, de 4.12.

R-1154/98

Assunto: Indemnização a atribuir aos herdeiros de um guarda florestal vítima de homicídio no exercício das suas funções profissionais.

Objecto: Cálculo e proposta de indemnização a conceder pelo Estado (Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas).

Decisão: O processo foi arquivado, uma vez que o Senhor Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas deu o seu acordo à proposta de indemnização apresentada.

Síntese:

1. Na sequência da Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/98, de 12.02.98, por via da qual se apelava ao provedor de justiça que apreciasse o assunto e propusesse uma indemnização, foi elaborada uma proposta fundamentada que concluiu pela atribuição à viúva e à filha menor da vítima de uma indemnização no valor global de Esc. 27.700.000$00, cabendo Esc. 17.900.000$00 à primeira e Esc. 9.800.000$00 à segunda, assim discriminado:

a) Esc. 5.000.000$00 pela lesão do bem vida, a dividir em, partes iguais, pelas beneficiárias (viúva e filha);

b) Esc. 3.000.000$00 por danos morais próprios para cada uma das beneficiárias;

c) Esc. 2.800.000$00 pelos danos patrimoniais pretéritos, a dividir, em partes iguais, pelas interessadas;

d) Esc. 2.900.000$00 pelos danos patrimoniais futuros da filha;

e) Esc. 11.000.000$00 pelos danos patrimoniais futuros da viúva.

2. No propósito de melhor garantir a preservação do montante indemnizatório que caberia à filha da vítima, foi igualmente proposto que a respectiva parcela fosse atribuída mediante a constituição de certificados de aforro a favor da menor, sem possibilidade de movimentação por parte da titular do poder paternal, a qual poderia, contudo, obter autorização judicial para o levantamento dos juros ou de parte do capital, em caso de reconhecido interesse da menor.

3. O Governo acolheu a proposta apresentada pelo provedor de justiça.

R-4855/98
R-5064/98

Assunto: Subsídio de desemprego. Inspecção Geral de Trabalho. Tempestividade do requerimento.

Objecto: Recusa da entidade patronal em emitir em tempo utíl a declaração legal para efeitos de instrução do processo de atribuição do subsídio de desemprego.

Decisão: Arquivamento do processo, tendo-se conseguido que as trabalhadoras recebessem o subsídio de desemprego.

Síntese:

1. As reclamantes queixaram-se do facto de lhes terem sido indeferidos os requerimentos para atribuição dos respectivos subsídios de desemprego por parte do Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo (por alegada extemporaneidade da apresentação dos pedidos).

2. No âmbito da instrução dos processos verificou-se que a entidade patronal das reclamantes se recusara a emitir a declaração prevista no art. 50º e 41º, n.º 1, al. a) do DL n.º 79-A/89, de 13/3, documento indispensável para requerer tal tipo de prestação social.

Face àquela recusa, as reclamantes requereram tempestivamente a intervenção da Inspecção Geral do Trabalho (IGT), com vista à obtenção da referida declaração ou de declaração substitutiva nos termos do art. 42º, n.º1, do mesmo diploma legal. Em tempo útil, as reclamantes não acederam a declarações correctamente elaboradas, pelo que só conseguiram apresentar os requerimentos aos serviços competentes da segurança social ultrapassados que foram os 90 dias legais para o fazer, o que determinou os aludidos indeferimentos.

As reclamantes ficaram assim arredadas dos respectivos subsídios de desemprego devido à insuficiente ou deficiente intervenção da IGT.

3. Após intervenção da Provedoria de Justiça, o Centro Regional de Segurança Social de Lisboa e Vale do Tejo revogou a anterior decisão e deferiu às interessadas a atribuição do subsídio de desemprego.

Foi dirigida uma chamada de atenção à IGT.

2.4.

Assuntos de organização administrativa e função pública

2.4.1. Recomendações

Ao
Ex.mo Senhor
Secretário-Geral do Ministério da Educação

R-609/96
Rec. n.º 1/A/98
1998.01.28

Registei, com apreço, o acolhimento do segmento nuclear da Recomendação n.º 7/A/97, que dirigi a Vª Exª a coberto do ofício n.º 1180, de 21 de Janeiro do ano transacto.

Não posso, porém, considerar o entendimento expresso por Vª Exª quanto ao pagamento dos juros legais, uma vez que estes visam ressarcir a funcionária por não ter sido tempestivamente paga a totalidade da prestação devida, sendo que a Administração, só agora, se dispõe a corrigir esse seu acto, na sequência do acatamento parcial daquela minha Recomendação.

Na verdade, constituindo as remunerações dos funcionários obrigações que se vencem em data certa, o seu não pagamento pontual faz incorrer em mora o serviço processador, tal como resulta do disposto no artigo 805º, n.º 2, alínea a), do Código Civil.

Em consequência da mora, o devedor fica obrigado a reparar os danos causados ao credor, que, no caso em apreço, tratando-se de obrigação pecuniária, correspondem aos juros legais, contados da data da constituição em mora, em conformidade com o disposto nos artigos 804º, n.º 1 e 806º, n.º 1, ambos do Código Civil.

Por outra parte, não parece que a Administração esteja vinculada a uma decisão judicial para poder efectuar o pagamento dos juros, pois não estando impedida de transigir (cfr. artigo 1248º do Código Civil), sempre deverá ponderar que a intervenção do provedor de justiça não é, em caso algum, subsidiária da actividade judicial, exercendo-se com autonomia e independentemente da utilização dos meios graciosos e contenciosos, como resulta do disposto no artigo 23º, n.º 2, da Constituição.

A invocação do princípio da boa fé, no texto da Recomendação, não traduz uma abordagem subjectiva do conceito, não sendo de supor , sem mais, que os órgãos da Administração tenham agido com o propósito de causar um prejuízo a alguém. No entanto, os actos e procedimentos da Administração podem revelar, objectivamente, uma violação desse princípio, se se mostram desconformes com o Direito.

No caso vertente, a Secretaria-Geral do Ministério da Educação tem agido em relação à aqui reclamante de forma seguramente contraditória.

Desde logo, tem beneficiado do exercício de funções de uma educadora de infância, que aquela tem desempenhado ininterruptamente desde Julho de 1991 até meados de 1997. Não se tratou, pois, de assegurar uma substituição, na falta ou num impedimento de uma colega, nem de lhe proporcionar a realização do estágio pedagógico, num período ou em períodos bem delimitados no tempo, fora de qualquer regime de continuidade. Esta situação configura uma relação laboral estável, de duração indeterminada, contaminada por uma discrepância entre as funções efectivamente prestadas e a qualificação e correspectiva remuneração do trabalhador.

A isto acresce a circunstância de essa Secretaria-Geral ter persistido em informar a reclamante, directa e indirectamente, da possibilidade de regularização da sua situação funcional, por via de concurso. Assim, em 21 de Dezembro de 1993, 21 de Fevereiro de 1994, 7 de Julho de 1994 e 24 de Julho de 1996, por ofícios (n.ºs 14363 e 2113) dirigidos ao Sindicato dos Professores da Grande Lisboa, à ora reclamante (n.º 8905) e a esta Provedoria (n.º 10902), comunicava-se a estas entidades o seguinte:

" Após a aprovação do referido quadro serão abertos os concursos que permitam a progressão nas carreiras."

" (...) deverá a interessada aguardar a abertura de concursos que se realizarão após a aprovação do quadro único do pessoal do Ministério da Educação."

" (...) devendo aguardar a abertura de concursos que se realizarão após a aprovação do quadro de pessoal do Ministério da Educação."

" Após a aprovação dessa Portaria e das inerentes transições de pessoal, estes Serviços promoverão a abertura de concursos, cuja data previsível se estima

ocorrer até ao final do corrente ano."

Inopinadamente, em 20 de Setembro de 1996, a mesma Secretaria-Geral anuncia, através do ofício n.º 13560, dirigido a esta Provedoria, que: "estando em curso a reestruturação de alguns Serviços do Ministério da Educação e não se tendo feito sentir a necessidade de pessoal especializado nesta área, também não é possível prever a data de abertura de concurso para a categoria de Educadora de Infância."

Esta súbita mudança de atitude, cujos fundamentos se desconhecem, faz tábua rasa da posição que vinha sendo assumida desde, pelo menos, 1993, por essa Secretaria-Geral. Não se vislumbra na afirmação da desnecessidade de pessoal daquela área funcional qualquer coerência ou conexão com os actos precedentes da mesma entidade. O exercício continuado de funções de educadora de infância, no mesmo local de trabalho, por um período tão prolongado de tempo (6 anos) conflitua abertamente com a referida declaração, constituindo mesmo a sua antítese, expressa em acto. Esta declaração entra em ruptura com a linha de continuidade espelhada nas informações anteriormente prestadas, não havendo entre uma e outras uma relação de congruência.

A conduta sistematicamente mantida por esse Serviço era de molde a criar na funcionária a expectativa legítima de ver aberto concurso de provimento no lugar que vinha sendo exercido sem a correspondente investidura. Esse acto daria consistência à actuação pregressa do Serviço, respeitando o princípio da estabilidade, que caracteriza o estatuto da função pública (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição revista, Coimbra Editora, anotação III ao artigo 269º).

Não se pode perder de vista que a Administração Pública portuguesa não adoptou um sistema de quadro único do funcionalismo, tendo, antes, optado por um regime de quadros privativos. Sem prejuízo da garantia de mobilidade interdepartamental, a modalidade organizativa escolhida apela a uma ligação mais estreita dos funcionários ao serviço a que estão vinculados, em cujo âmbito se processa habitualmente a evolução profissional destes trabalhadores. Este modelo, que se considerou eficiente e profícuo na realização do interesse público, prefigura uma estrutura baseada na segurança e confiança mútuas (da organização e das pessoas que a integram), factores que têm sido particularmente realçados na análise do sistema empresarial nipónico. É em configurações deste tipo, justamente, que encontra sentido, a obrigatoriedade de abertura de concursos de acesso, "quando

existam, pelo menos, três vagas orçamentadas, desde que existam no serviço candidatos que satisfaçam os requisitos de promoção", tal como se estipula no artigo 16º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, de onde resulta que se valoriza, ainda, o conceito tradicional de promoção (no quadro do serviço), em detrimento da figura do acesso (que pressupõe ou admite a mobilidade entre os vários serviços).

Não se nega que aos serviços da Administração assiste o direito de definir o momento de accionar os mecanismos de recrutamento de pessoal, segundo critérios de oportunidade - quantos vezes ditados, até, por restrições de ordem orçamental - mas neste entendimento não cabe uma interpretação que atribua ao uso desse poder discricionário uma tal amplitude que se alheie dos limites a que os serviços se vincularam, por sua própria iniciativa.

A Secretaria-Geral do Ministério da Educação vem agora negar aquilo que reiteradamente afirmou ao longo de seis anos, sem que para o efeito avance justificação bastante, perdendo de vista que a actividade da Administração está subordinada à Constituição e à lei (cfr. artigo 266º, n.º 2). Nesta medida, deve a Administração conformar-se com os princípios que se acolhem ao princípio aglutinador do Estado de direito democrático, em cuja dimensão constitutiva se inscreve, sempre, o desígnio de protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça (cfr. autores e obra citada, anotação V ao artigo 2º).

Se se traz à colação este princípio, é por se entender que, no caso em apreço, não foram respeitados os princípios da protecção da confiança e da proporcionalidade, que emergem de normas éticas fundamentais em que se funda a ordem institucional em que nos integramos (cfr. J. Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1985, pág. 303).

Tenha-se presente que o meio idóneo para satisfazer as necessidades de pessoal dos serviços é o concurso (cfr. artigos 4º, n.º 1 e 5º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro) e que é através da nomeação que se assegura o exercício profissionalizado de funções próprias do serviço público que revistam carácter de permanência (cfr. artigo 6º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho).

No que se refere à primeira asserção, cumpre sublinhar que o concurso não perde o seu cariz paradigmático, pelo facto de existirem outras figuras de mobilidade, que se reconduzem sempre a formas de vinculação definitiva ou precária, sendo que estas últimas não são mais que soluções transitórias de recurso (cfr. artigos 25º a 27º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro). Estando a reclamante requisitada ao QEI, dando satisfação a necessidades permanentes do serviço, era de admitir com toda

a razoabilidade o preenchimento, a breve trecho, do lugar correspondente. Com a sua integração no quadro desse Serviço, por força do disposto no artigo 2º do Decreto-Lei n.º 14/97, de 17 de Janeiro, saiu reforçada essa mesma expectativa.

Tanto os dispositivos legais aplicáveis à situação, como as informações que foram sendo prestadas sobre o assunto apontavam para que esse procedimento viesse a ser o adoptado.

Aliás, não fora dar-se o caso de o quadro de pessoal da Secretaria-Geral do Ministério da Educação (que se passará a designar pela sigla SGME) contemplar na sua dotação lugares de auxiliar de educação, a sua integração teria sido feita num lugar de educadora de infância, atento o disposto no artigo 3º do diploma acabado de invocar.

A actuação da Secretaria-Geral não pode ser tida por inócua, como se actos e informações fossem desprovidos de qualquer eficácia. O espaço de comunicação, assim aberto pela Administração configura um meio procedimental, subordinado ao princípio da colaboração, a que se refere o artigo 7º do Código do Procedimento Administrativo (adiante designado por CPA). Nesse âmbito, a Administração produziu informação conformadora da sua actuação subsequente, pelo que, se dela vier a divergir posteriormente, verificar-se-á ofensa do referido princípio.

Retomando a análise, interrompida pelas duas observações que antecedem, constata-se que o interesse público (nunca explicitado) prosseguido pela SGME, subjacente ao propósito anunciado de não abrir concurso não foi confrontado com os interesses da reclamante, em conformidade com a ponderação requerida pelo artigo 4º do CPA. Desde logo e face ao comportamento antecedente da Administração, a actual posição da SGME revela-se manifestamente desproporcionada (cfr. artigo 5º do CPA) ao fim que, porventura, visasse atingir (e que se desconhece qual seja), tanto mais que esta actuação fere o princípio da justiça (cfr. artigo 6º do CPA), na exacta medida em que é posta em causa a efectividade de direitos fundamentais (cfr. autores e obra citada, anotação VIII ao artigo 266º), que funcionam aqui como critérios materiais de ponderação do uso de um poder discricionário que se vai exercer.

Tudo isto nos reconduz ao princípio da boa fé, hoje consagrado no artigo 6º-A do CPA, mas já implícito na redacção originária do Código. Num dos seus vectores, de sentido negativo, inscreve-se a proibição de *venire contra factum proprium,* proscrevendo comportamentos contraditórios, como são os que se revelam na situação em apreço, já suficientemente explicitada acima (neste sentido, ver o acórdão publicado em "Acórdãos Doutrinais do Supremo Tribunal Administrativo, n.º 289, pág.

62 e seguintes, bem como Diogo Freitas do Amaral, " Direitos Fundamentais dos Administrados ", *in* " Nos dez anos da Constituição", IN/CM, 1986, n.ºs 9 a 11).

Não é legítimo que a Administração se prevaleça da sua prerrogativa de poder para ignorar a relação que estabeleceu com a aqui reclamante, quando estava ao seu alcance conferir-lhe um sentido de conformidade com a lei ou, se se preferir, com o Direito, abrindo concurso para preenchimento da vaga de educador de infância, que estava a ser exercido pela reclamante. E, mesmo, que se verificasse a inexistência de vagas, nem, por isso, a SGME ficaria isenta de procurar uma solução legislativa viabilizadora da criação do lugar em falta.

Não será despiciendo trazer à colação o tratamento que vem sendo dado à figura do agente putativo, tanto pela jurisprudência, como pela doutrina, conferindo relevo ao exercício pacífico, contínuo e público de funções durante um longo período de tempo (variando, de acordo com os autores, entre os três e os dez anos), assim legitimando juridicamente a sua posição face à Administração (ver, por todos, Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, vol. I, Almedina, Coimbra, pág. 436, e nota aí inserta). De igual modo, tem o Estado promovido a regularização de um conjunto multifacetado de relações de natureza laboral, mantidas pela Administração, à revelia das disposições legais aplicáveis (cfr., por últimas, as determinadas pelos Decretos-Lei n.ºs 427/89, de 7 de Dezembro e 81-A/96, de 21 de Junho).

O paralelismo que aqui se convoca é mais o dos fundamentos das soluções encontradas do que o de uma virtual analogia das situações. Em todos os casos, são os princípios da protecção da confiança, da proporcionalidade e da justiça que determinam uma actuação conforme ao Direito.

Nos termos do artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

complementarmente, a Vª Exª a abertura de concurso para o preenchimento de uma vaga de educador de infância destinada ao Centro de Educação e Protecção Infantil de Oeiras, de forma a repor a confiança na actuação da Administração, tratando de forma justa a situação da funcionária e honrando os compromissos que essa Secretaria-Geral expressa e livremente assumiu.

Recomendação parcialmente acatada

A
A Sua Excelência
o Ministro da Educação

R-2200/97
Rec. n.º 5/B/98
1998.06.29

Dirigiram-se ao provedor de justiça vários docentes que aposentaram por limite de idade, após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, que aprovou o Estatuto da Carreira Docente, e antes da regulamentação do artigo 55º do referido estatuto.

Reuniam estes docentes as condições objectivas previstas no n.º 1 do artigo 55º do estatuto, e transitaram para a situação de aposentação, sem a possibilidade de mudarem de escalão, por omissão da regulamentação a que se alude no n.º 2 do mencionado artigo.

A publicação do Despacho n.º 243/ME/96, em 31 de Dezembro, que produziu efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1997, volvidos que foram mais de seis anos, incluiu nos respectivos Anexos I e II licenciaturas e diplomas de estudos superiores, dos quais eram portadores docentes que se viram obrigados a passar à aposentação por atingirem a idade limite para o exercício de funções, depois da entrada em vigor do Estatuto da Carreira Docente mas antes da citada regulamentação. Estes docentes viram lesado o direito à progressão na carreira, por ausência de regulamentação, o que, por outro lado, teve consequências directas no cálculo da pensão de aposentação que lhes foi atribuída.

Sendo certo que a regulamentação do artigo 55º do Estatuto da Carreira Docente era um requisito da sua aplicabilidade e igualmente certo que o direito à mudança de escalão integrou a esfera jurídica dos docentes profissionalizados integrados na carreira que adquirissem licenciatura ou estudos superiores em domínio directamente relacionado com a docência, direito este, aliás, que já se encontrava previsto no Decreto- Lei n.º409/89, de 18 de Novembro, que previa no artigo 11º, n.º 2, que poderiam aceder ao último escalão da carreira os docentes com grau de bacharel e profissionalizados que tivessem adquirido formação equiparada a licenciatura ou a habilitação académica superior, remetendo a questão para regulamentação em Portaria a aprovar pelo Ministério da Educação.

Nos termos do artigo 199º da Constituição da República Portuguesa é da competência do Governo a feitura dos regulamentos necessários à boa execução das leis e, como refere João Caupers,, haverá que distinguir da boa execução, os casos em que a lei é insusceptível de execução sem que seja produzida a regulamentação adequada. Os regulamentos convenientes são os regulamentos complementares ou de

execução e os regulamentos indispensáveis são aqueles sem os quais é impossível a aplicação da lei, classificação que se ajusta inteiramente à questão controvertida.

A determinação do elenco de licenciaturas e dos cursos de estudos superiores a que se vem aludindo, foi feita pela primeira vez, após a publicação do Estatuto da Carreira Docente, mais de seis anos depois, através do Despacho n.º 243/ME/96, o que não exime a Administração da responsabilidade assumida, nem justifica a lesão de direitos atribuídos por lei.

Em face do exposto, e tendo presente a competência que me é conferida pelo artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que se providencie medida legislativa destinada a reconhecer que os docentes destinatários da norma vertida no artigo 55º do estatuto da Carreira Docente, que passaram à situação de aposentados por limite de idade e que adquiriram as habilitações definidas no Despacho n.º 243/ME/96, de 31 de Dezembro, enquanto no exercício efectivo de funções, tenham a possibilidade de ver reconstituída a carreira em termos de mudança de escalão para efeitos do cálculo da respectiva pensão de aposentação.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Presidente da Assembleia da República

P-16/98
Rec. n.º 9/B/98
1998.09.02

No desenvolvimento da análise de quatro queixas dirigidas a este órgão do Estado, respeitantes à alteração legislativa operada pela Lei n.º13/97, de 25 de Maio, relativamente ao segmento normativo que define o concurso como forma exclusiva de recrutamento para os cargos de director de serviços e de chefe de divisão dos serviços e organismos da Administração Pública, vim a concluir que a solução legislativa encontrada para o recrutamento do escalão inferior do grupo de pessoal dirigente parece ter mais custos do que benefícios, não logrando mesmo cumprir os objectivos que com ela se pretendem atingir.

1. E, se de um ponto de vista conjuntural, redobram as preocupações com a aplicação desta solução, o problema tem, a meu ver, raiz estrutural e é susceptível de afectar o sistema de gestão da Administração Pública, contaminando o próprio funcionamento dos serviços.

2. Tendo presente que as leis orgânicas de diversos departamentos ministeriais, publicadas após 1 de Janeiro de 1996, fizeram cessar as comissões de serviço do respectivo pessoal dirigente, a que acresce o facto de ter sido determinada a suspensão das nomeações para os cargos de director de serviços e de chefe de divisão (cfr. Despacho de Sua Excelência o Ministro Adjunto, de 9 de Julho de 1997) não é arrojado admitir que, durante o corrente ano, cerca de metade do conjunto desses cargos (3961 : 2 = 1980) venha a ser objecto de um processo de recrutamento.

3. Nesse processo, estarão envolvidos 5941 dirigentes da Administração Pública (1980 concursos x 3 membros efectivos do júri), a que correspondem 495 dias de trabalho, se se considerar que o Júri não despenderá mais de 20 horas (definição dos factores e parâmetros de avaliação - 4 horas ; avaliação curricular - 6 horas ; entrevista - 8 horas ; elaboração da lista de classificação final - 2 horas) com a sua participação em cada concurso.

4. Não perdendo de vista que o número de cargos dirigentes da Administração Pública se cifra num total de 4679 (296 directores-gerais, 422 subdirectores-gerais,

1635 directores de serviços e 2326 chefes de divisão), sem levar em linha de conta os 2773 dirigentes, que se agrupam na categoria indiferenciada de "outros dirigentes", não é difícil concluir que alguns dirigentes terão participação em mais de um concurso, até por estarem vagos os cerca de 1980 lugares dirigentes que acima referimos.

5. Do lado dos virtuais opositores aos concursos, não é de temer, para já, que se candidatem os 15000 potenciais funcionários que, globalmente, reúnem os requisitos gerais de admissão a concurso, uma vez que o conhecimento da realidade em que se inserem fá-los-á admitir como longínqua a hipótese de a escolha do melhor candidato se fazer contra a vontade do dirigente máximo do serviço.

6. Teremos, assim, praticamente todo o pessoal dirigente comprometido, nos próximos meses, no recrutamento de dirigentes, num processo melindroso e sujeito a pressões da mais diversa natureza. O tempo gasto neste domínio constituirá um período manifestamente improdutivo para a prossecução das atribuições dos serviços em que esse pessoal se integra.

7. Mas esta preocupação de ordem eminentemente conjuntural, não passa de um reflexo momentâneo de uma opção legislativa que comporta custos bem superiores aos que acabamos de referir.

8. Para os cargos de director-geral e de subdirector-geral manteve-se o regime de livre escolha, com fundamento no facto de serem cargos cujos titulares devem merecer a confiança política do Governo. Se não nos deixarmos iludir pelas palavras, o que releva nesta expressão é o termo confiança e não a qualificação que lhe vai associada.

9. A confiança é, por natureza, uma atitude de cariz eminentemente pessoal. Confia-se, sempre, numa determinada pessoa, embora essa confiança possa incidir em diferentes planos. Quando nos referimos a confiança política, no contexto das nomeações de cargos dirigentes da Administração Pública, o qualificativo justifica-se por advir de uma relação profissional que se exerce no domínio da execução da actividade política do Governo (cfr. artigos 185º, 191º, 202º, alínea d) e 204º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa). Será, pois, neste âmbito que se definem alguns dos campos de incidência que serão tidos em conta por quem oferece a sua confiança, designadamente a competência técnica, certas qualidades pessoais, as aptidões profissionais, a capacidade de liderança, consonância quanto à execução do programa do Governo na área de actuação desses dirigentes, mas, também, a lealdade que se espera, como contrapartida da confiança que se depositou na pessoa escolhida.

10. Sublinhe-se que aqueles cargos dirigentes não são cargos políticos (cfr. o já citado artigo 202º, alínea d), da Constituição), o que permite, tendo esse facto em atenção, situar a referida confiança no seu verdadeiro plano institucional. O direito de escolher os dirigentes de topo encontra a sua justificação no facto de os actos e omissões destes funcionários se repercutirem na esfera de responsabilidade da entidade que os nomeia.

11. No que respeita aos modelos de funcionamento das organizações, a relação hierárquica e funcional que se estabelece entre directores-gerais e os directores de serviços e chefes de divisão não é substancialmente diferente daquela que liga os primeiros aos membros do Governo. Atentas as competências do director-geral (cfr. artigo 11º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, bem como os mapas I e II anexos ao diploma), relativamente à unidade orgânica que dirige, não se compreende que lhe seja recusada a faculdade de intervir na escolha dos seus colaboradores mais directos.

12. A relação de confiança, que se reputa indispensável na escolha dos dirigentes de topo, não é, de forma alguma, negligenciável, no recrutamento dos restantes dirigentes. As organizações não funcionam eficazmente sem uma articulação capaz entre os diferentes níveis da hierarquia, muito em especial na conexão do vértice estratégico com os gestores intermédios.

13. Cabe aqui perguntar se será legítimo assacar a um director-geral a responsabilidade por um recrutamento que se venha a revelar inadequado. Mas se não é legítimo assacar-lhe essa responsabilidade, então quem responde por um mau desempenho de um director de serviços ou de um chefe de divisão? Não é certamente o Júri do concurso. E, no entanto, é esta a entidade responsável pela escolha destes dirigentes, sendo, contudo, irresponsável quanto às consequências desse seu acto. Ao contrário dos membros de um Júri, o dirigente máximo do serviço não se pode alhear dos resultados do recrutamento, tanto mais que tem um interesse pessoal e directo em garantir colaboradores capazes para formarem equipa consigo.

14. Sabendo-se quem escolhe e que essa entidade sofre ou beneficia dessa decisão, não só se dispõe de um modo de recrutamento dotado da máxima transparência, como se define com clareza a responsabilidade pelo exercício dessa competência.

15. O recrutamento e a selecção de pessoal (cfr. artigo 4º do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro), não têm outro fim que não seja proporcionar a escolha

do(s) candidato(s) mais capaz(es). A livre escolha não é um acto arbitrário, mas uma operação de selecção simplificada, visando o recrutamento para determinado tipo de cargos, designadamente os que apelam a uma relação de solidariedade institucional.

16. Não se deve perder de vista que os métodos de selecção não são processos milagrosos e infalíveis, dada a margem de aleatoriedade a que estão sujeitos. Como se sabe, as mesmas provas aplicadas ao mesmo universo de candidatos em dias diferentes não produzem os mesmos resultados globais. Para além disso, há métodos de selecção mais propícios que outros a manipulações de resultados. É justamente o caso da avaliação curricular e da entrevista, como se comprova pelos inúmeros acórdãos dos tribunais administrativos, anulando actos da Administração, com fundamento numa utilização daqueles métodos em desconformidade com a lei. Não nos deteremos neste aspecto, uma vez que a jurisprudência administrativa é por demais eloquente no que respeita a esta questão.

17. Se o concurso é considerado o único meio idóneo para o recrutamento dos dirigentes a que nos vimos referindo, entregar a *amadores* o encargo de proceder à selecção dos candidatos configura uma contradição entre os dois termos. A entrevista profissional de selecção é um método complexo, que exige a aplicação de um saber especializado, não se confundindo com uma apreciação subjectiva, de natureza reactiva, estimulada por impressões e impulsos. É necessário dominar as técnicas de entrevista, não se podendo afirmar que a grande maioria dos membros dos vários júris possua as qualificações indispensáveis para aplicar este método (cfr. artigo 4º, n.º 3, *in fine*, do Decreto-Lei n.º 231/97, de 3 de Setembro). Mesmo, no que se refere à avaliação curricular, a definição dos critérios de avaliação e dos seus parâmetros, a determinação dos factores de ponderação, a adaptação e conversão dos critérios ao universo concreto dos candidatos não são meras operações ditadas pelo bom senso, mas técnicas que relevam da psicologia, da estatística e da sociologia.

18. Tendo presente que o Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, na sua versão original, permitia o recrutamento por concurso, se fosse essa a opção da entidade competente (cfr. a primitiva redacção do artigo 4º, n.º 3, deste diploma), o objectivo da Lei n.º 13/97, de 25 de Maio, é o de afastar a possibilidade de o recrutamento se fazer por escolha.

19. Dir-se-ia que este sistema se revelou inadequado, ao longo dos cerca de 18 anos em que vigorou (recorde-se que o Decreto-Lei n.º 191-F/79, de 26 de Junho, já acolhia a livre escolha como forma principal de recrutamento dos cargos dirigentes), inadequação que se teria traduzido na nomeação de um número muito significativo de dirigentes incompetentes, verificada em sede de avaliação do seu desempenho.

20. Numa abordagem empírica da situação, uma vez que não se conhecem estudos sobre esta matéria, não é essa ideia que prevalece, examinando os movimentos de prorrogação e de cessação das comissões de serviço de directores de serviços e chefes de divisão, ao longo do período atrás referido.

21. Mais importante, porém, que esta análise empírica, é o facto de nenhuma das entidades promotoras da alteração convocar como fundamento da mudança a má qualidade da gestão dos serviços por incompetência das chefias intermédias.

22. Como é óbvio, houve más ou sofríveis chefias intermédias, do mesmo modo que outras tiveram bons ou excelentes desempenhos.

23. Compulsando os trabalhos preparatórios, verifica-se que a alteração legislativa se integra no objectivo de despartidarizar e desgovernamentalizar a Administração Pública, visando eliminar o clima de suspeição que associa a nomeação dos cargos dirigentes da Administração à satisfação de clientelas partidárias, através de um sistema dotado de transparência, que dignifique e motive os recursos humanos da Administração, premiando o mérito e a competência.

24. Se se rejeitou ficar refém de uma fantasmática suspeição, no que toca aos cargos dirigentes de topo, pareceria justificar-se a adopção de idêntica postura relativamente às chefias intermédias. Nenhuma explicação, todavia, é adiantada para justificar esta (aparente) dualidade de critérios. No entanto, quem assim legisla parece não confiar nos políticos, virtuais titulares de cargos governativos, ou nos directores-gerais, que têm a confiança política dos membros do Governo.

25. O objectivo de despartidarizar a Administração confronta-se com o direito de acesso a cargos públicos e ainda com o direito de participação em partidos políticos, com consagração constitucional, nos artigos 50º, n.º 2 e 51º, n.º 1, do diploma fundamental.

26. A circunstância de um funcionário ser militante ou simpatizante do partido do Governo não pode constituir um impedimento para a sua nomeação para um cargo dirigente da Administração Pública, embora essa condição não possa, nem deva erigir-se como factor de preferência no provimento desses cargos. Não se vislumbra qualquer perversidade do sistema se se verificar que a alternância de partidos no poder determina alguma oscilação na inclinação partidária dos dirigentes nomeados, até porque os funcionários da Administração não podem actuar neste âmbito ao serviço de interesses partidários, como se colhe do disposto no artigo 266º da Constituição.

27. A desgovernamentalização é um objectivo impossível da alcançar, desde logo porque o governo é o órgão superior da Administração Pública (cfr. artigo 185º da CRP). No entanto, assumindo o termo em sentido restritivo, esse propósito seria exequível, podendo a lei atribuir aos directores-gerais competência própria mas não exclusiva para nomear os directores de serviço e chefes de divisão (cfr. artigo 202º da CRP), libertando o Governo deste "ónus", que parece ser tão indesejado.

28. A nomeação de uma pessoa para um cargo dirigente não pode servir para premiar o mérito e a competência de um funcionário, pois não é essa a finalidade do provimento. Um funcionário competente e dedicado não é forçosamente um dirigente capaz. As funções dirigentes são substancialmente diversas das que os funcionários integrados em carreiras exercem. Nessa medida, o mérito e a competência revelados por um funcionário, no desempenho da sua actividade pretérita são apenas um dos factores a ter em conta na ponderação da sua eventual nomeação para um cargo de chefia.

29. O concurso como único modo de recrutamento dos gestores intermédios da Administração Pública retoma métodos caracteristicamente burocráticos de desresponsabilização das hierarquias. Por outra parte, o modelo de selecção adoptado não possui aptidão para arredar o clima de suspeição que se quer ver banido, antes contribuirá, decisivamente, para o fomentar, uma vez que os métodos utilizados são susceptíveis de serem afeiçoados, antes ou durante o procedimento, ao currículo e perfil de um determinado candidato. Para quem trabalha em recrutamento ou já participou num júri esta é uma verdade insofismável. Não significa isto que se deva abandonar a aplicação destes métodos de selecção, só porque existe a possibilidade da sua manipulação.

30. Na senda da burocratização, teremos ciclicamente o envolvimento de 11883 a 19805 dirigentes da Administração Pública, participando em 3961 concursos para provimento de directores de serviços e chefes de divisão, repartidos por três anos, o que perfaz uma média de 3,4 concursos por cada um dos 4679 dirigentes que efectivamente existem.

31. A habituação ao novo sistema de recrutamento conduzirá inelutavelmente a que os potenciais candidatos (todos os técnicos superiores com mais de seis ou quatro anos de experiência profissional , conforme se trate de lugares de director de serviços ou de chefe de divisão) se transformem em incansáveis opositores aos concursos, posto que, rapidamente, concluirão que nada têm a perder com esse intento.

32. Assim, para além, dos 4679 dirigentes, haverá cerca de 15000 funcionários a participar nos 1300 concursos que se realizarão anualmente, transformando o espaço convivencial da organização num mero espaço institucional, sem dimensão humana.

33. Durante estes períodos (cuja duração dificilmente será inferior a seis meses, sem levar em conta as fases de recurso), a organização voltar-se-á sobre si

própria, prestando menos atenção às solicitações externas que, embora correspondam ao exercício das suas atribuições, são alheias aos interesses específicos da instituição.

34. Uma última reflexão se impõe, quando se cria uma classe de dirigentes de primeiro nível, com um grau de legitimação superior ao dos dirigentes de topo. Estes poderão ter a confiança política do Governo, mas não possuem uma certificação, outorgada por uma entidade dita isenta e imparcial, que lhes reconhece mérito, competência e isenção. Sobre os primeiros recai a suspeição de terem sido escolhidos pela sua filiação político-partidária, os segundos estão acima de qualquer suspeita. A situação ora criada consubstancia uma inversão estatutária, que não se conforma com a estrutura hierarquizada da Administração Pública, devendo consequentemente ser banida.

35. Verifica-se, agora, com a publicação da Proposta de lei n.º 189/VII, no Diário da Assembleia da República, II série-A, n.º 62, de 25 de Julho último, que o Governo parece comungar das preocupações explicitadas nesta Recomendação, no que respeita aos problemas de funcionamento e de gestão dos serviços, gerados pela introdução dos concursos como única via de recrutamento das chefias intermédias da Administração Pública. Os artigos 4º, n.ºs 2, 3, 9, 10 e 12, 18º, n.º 5, 21º, n.º 3 e 39º, n.º 8 visam criar válvulas de escape à sufocação imposta pelo novo regime, criando um conjunto de excepções que, relativamente ao seu campo de aplicação, acabarão por se substituir à regra geral.

36. Pelo razões técnicas acima explicitadas, bem como pelas projecções ensaiadas da aplicação do novo sistema de recrutamento dos directores de serviços e dos chefes de divisão, julga-se que seria aconselhável a revogação da Lei n.º 13/97, de 25 de Maio.

Assim, nos termos do artigo 20º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A revogação da Lei n.º 13/97, com excepção do artigo 1ª, na parte em que altera a redacção do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro.

Solicito a Vossa Excelência se digne pôr à disposição dos Grupos Parlamentares uma cópia deste documento, que, também, farei chegar ao conhecimento de Sua Excelência o Primeiro Ministro, atenta a proposta de lei que, sobre a matéria, o Governo apresentou à Assembleia da República.

Recomendação sem resposta

A
Sua Excelência
o Ministro da Agricultura
do Desenvolvimento Rural e das pescas

R-464/94
Rec. n.º 35/A/98
1998.05.22

1. Na sequência da queixa conjunta acerca de Concursos de acesso para provimento de vagas de Assessor e Assessor Principal no quadro da ex-Direcção-Geral de Planeamento e Agricultura que me dirigiram funcionários inseridos na carreira Técnico Superior e de Engenheiro do extinto Instituto de Estruturas Agrárias e Desenvolvimento Rural, entendi formular a Recomendação n.º 62/A/97, cuja fotocópia anexo, permitindo-me remeter Vossa Excelência para o respectivo teor.

2. O motivo determinante da minha intervenção prendeu-se com a salvaguarda do direito à nomeação, o qual se subjectiva na forma e no prazo fixado na lei (v. artigos 34º, n.º 1, e 35º; n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 498/88 de 30 de Dezembro), visto que, com a dilação procedimental verificada até à efectivação daquele direito, não foram acautelados adequadamente os direitos interesses e expectativas legalmente reconhecidas dos funcionários visados.

3. Dirigida a mencionada Recomendação a Sua Excelência o Secretário de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Rural, foi-me comunicada a respectiva posição através dos ofícios da Secretaria-Geral desse Ministério cujas cópias se anexam para melhor elucidação.

4. o argumento essencialmente avançado pela Secretaria de Estado da Agricultura e do Desenvolvimento Rural -pendência de acções de indemnização contra o Estado no T.A.C. de Lisboa, deduzidas por alguns assessores providos nos lugares por despacho publicado no D.R., II Série, de 16.12.1994 - não tem a relevância ou a pertinência que se lhe quis emprestar.

5. Por um lado, nem todos os queixosos que subscreveram a queixa que serviu de base à instauração do processo acima referenciado deduziram as acções de indemnização, como se alcança dos dados informativos recolhidos, como também tais acções não foram ainda decididas, não sendo assim invocável "caso julgado" quanto a

elas.

6. E mesmo que, por hipótese, já fosse invocável o "caso julgado", este só valeria, segundo entendimento legal e jurisprudencial generalizado, em relação aos elementos identificadores da relação ou situação jurídica substancial definida na sentença e às partes litigantes. (artigos 671º e 673º do Código de Processo Civil).

7. No caso em apreço, cumpre ainda sublinhar que as acções de indemnização interpostas ao abrigo do disposto nos artigos 20 e 70 do Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de Novembro de 1967, com base no facto lesivo e ilegal da Administração gerador do dano - não provimento dos funcionários em causa nos dez dias seguintes à publicitação da lista de classificação final do concurso para provimento das vagas na categoria de assessor e assessor principal contradistingue-se pela causa de pedir e pelo pedido, do objecto da Recomendação (v. ponto 14, da minha Recomendação n.º 62/A/97, de 30.07.97 em anexo).

8. Com efeito, enquanto as acções de indemnização propostas contra o Estado e demais pessoas colectivas públicas, como meio processual subsidiário face ao recurso de anulação, visam o ressarcimento do prejuízo causado pelo facto lesivo ou a fixação de uma quantia meramente compensatória (cfr. Acórdão do S.T.A. de 27.02.1996, e respectiva Anotação in "Cadernos de Justiça Administrativa" 1, Janeiro/Fevereiro 1997, págs. 8 e segs), a Recomendação predicou, em sede de revogação, a fixação de efeitos jurídicos aos despachos de nomeação em causa retroagidos a 03.09.93. data da entrada em vigor da Portaria n.º 772/93, de 3 de Setembro de 1993, entendimento que teve fundamentalmente em conta, por um lado, que os actos de nomeação já podiam ter sido praticados legalmente à data a que se reportam, retroactivamente, os seus efeitos (art.º 128º, n.º 2, alínea a) do C.P.A.), e, por outro, a dilação procedimental verificada no caso com os consequentes prejuízos de ordem profissional e financeira para os interessados.

9. Neste contexto, é forçoso reconhecer que a pendência das acções de indemnização não deve obstar à devida ponderação da Recomendação n.º 62/A/97 não existindo qualquer incompatibilidade de ordem substancial entre os efeitos visados num caso e no outro.

10. Muito ao contrário, se viesse a ser acatada aquela Recomendação nos seus precisos termos, a pretensão dos autores das acções de indemnização seria satisfeita administrativamente por forma ainda mais ampla, pelo que a lide se tornaria impossível ou inútil, extinguindo-se a instância nos termos da alínea e) do artigo 287º do Código de Processo Civil (cfr., neste sentido, Acs. do S.T.A. de 15/5/1975 in B.M.J., n.º 251/195, e de 18.02.1976, caso de revogação do acto impugnado in B.M.J. n.º

265/267)

11. Por tudo o exposto, reiterando o teor da minha Recomendação 62/A/97, de 30.07.97, de novo

Recomendo

Que os despachos de nomeação do então Presidente do Instituto de Estruturas Agrárias e Desenvolvimento Rural, proferidos em 21.09.1994 e publicados no Diário da República, II Série, n.º 289 de 16.12.1994, sejam substituídos por novos despachos que atribuam efeitos retroactivos às nomeações, reportados à data da entrada em vigor da Portaria n.º 772/93, de 3 de Setembro de 1993.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Secretário de Estado da Juventude

R-2801/96
Rec. n.º 71/A/98
1998.11.20

1. O licenciado... foi nomeado Chefe da Divisão de Tempos Livres do Instituto da Juventude, lugar de que tomou posse em 1 de Novembro de 1989 (cfr. o respectivo termo de posse).

2. Nessa data, o referido funcionário era técnico superior de 1ª classe, desde 27 de Janeiro de 1986 (cfr. extracto publicado no Diário da República, II série, n.º 172, de 29 de Julho de 1986, página 6921, respeitante à Junta Nacional dos Produtos Pecuários).

3. Por despacho de 1 de Agosto de 1990, foi nomeado, precedendo concurso, técnico superior principal, com efeitos desde 28 de Agosto do mesmo ano, data da aceitação da nomeação.

4. Por despacho de 1 de Outubro de 1992, foi-lhe renovada a comissão de serviço no referido cargo de Chefe de Divisão.

5. Com a entrada em vigor (em 4 de Outubro de 1993) do Decreto-Lei n.º 333/93, de 29 de Setembro, que aprovou a lei orgânica do Instituto Português da Juventude, verificou-se a cessação da comissão de serviço do pessoal dirigente do extinto Instituto da Juventude, de acordo com o disposto no artigo 25º desse diploma.

6. O funcionário manteve-se no exercício de funções de gestão corrente até 6 de Dezembro de 1993, por determinação de Sua Excelência a Secretária de Estado da Juventude.

7. Em 28 de Dezembro do mesmo ano, o funcionário requereu a criação do lugar a que teria direito, por força do disposto no artigo 18º, n.º2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, bem como o pagamento da indemnização a que se refere o n.º 7 do mesmo artigo e diploma.

8. Na sequência de dois pareceres jurídicos, um emitido pelo Gabinete de Apoio Jurídico do Instituto Português da Juventude (doravante designado por IPJ) e outro elaborado no Gabinete de Sua Excelência a Secretária de Estado da Juventude, o licenciado ... foi provido num lugar de assessor, escalão 1, com efeitos reportados a 4 de Outubro de 1993 (cfr. extracto publicado no Diário da República, II série, n.º 271, de 23 de Novembro de 1994, página 11750).

9. Em resposta a um pedido do aqui reclamante, a Direcção-Geral da Administração Pública emitiu um parecer, que comunicou ao interessado através do ofício n.º 8984, de 10 de Maio de 1995, onde se conclui que a antiguidade na categoria de assessor deve ser considerada desde 27 de Janeiro de 1992, após a contagem de dois módulos de três anos para promoção.

10. Em 22 de Maio de 1995, o reclamante requereu ao Presidente do Conselho de Administração do IPJ a reavaliação da contagem do tempo de serviço para efeitos de aplicação do disposto no artigo 18º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, tendo aquele dirigente declarado não ter competência para o efeito.

11. Em 15 de Outubro de 1995, dirigiu a Sua Excelência o Secretário de Estado da Juventude uma petição, solicitando a reapreciação do processo, à luz do parecer da Direcção-Geral da Administração Pública.

12. Já na sequência da intervenção da Provedoria de Justiça, o Centro Jurídico (CEJUR) da Presidência do Conselho de Ministros emitiu, a solicitação daquele membro do Governo, parecer em que se concluía que "apenas deverá ser computado, para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 34/93, o tempo de serviço prestado após o provimento na categoria de técnico superior principal", que veio a merecer despacho de concordância daquele membro do Governo.

13. Vejamos, então, como é que a Administração procedeu à aplicação da lei, nos dois momentos em que foi chamada a pronunciar-se.

14. No Parecer n.º 67/GAJ/93, elaborado no IPJ, depois de se transcreverem as disposições do n.º 1 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 34/93, de 13 de Fevereiro e do artigo 18º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, na sua

primitiva redacção, de se definirem os módulos de tempo previstos nos Decretos-Lei n.ºs 265/88, de 28 de Julho e 353-A/89, de 16 de Outubro, para promoção e progressão na carreira técnica superior e de se elencarem os factos relativos ao percurso profissional do aqui reclamante, escreve-se o seguinte:

> "Ora, uma vez que a categoria detida pelo funcionário à data da sua nomeação para o cargo dirigente (Técnico Superior de 1ª Classe) se alterou no decurso do tempo de exercício destas funções, tendo o funcionário entretanto beneficiado de uma promoção a técnico superior principal, não faz qualquer sentido, no caso em apreço, falar-se em categoria de origem, nem sequer contabilizar-se o número de anos de serviço na categoria de origem, de forma a poder agregá-los ao número de anos de exercício continuado nas funções de dirigente, de acordo com o que estipula a alínea a) do n.º 2 do artigo 18º do D. L. 323/89, de 26 de Setembro, na sua redacção primitiva. É que, a categoria de origem do funcionário perdeu toda e qualquer relevância prática e de direito desde o momento em que aquele aceitou, em 24.08.90, o lugar de Técnico Superior Principal."

15. Nesta conformidade, concluía-se que "para efeitos de provimento do funcionário em categoria superior, contabilizar-se-ão apenas o número de anos de exercício efectivo do cargo de Chefe de Divisão, ou seja, (...), quatro anos, um mês e seis dias", especificando-se, mais à frente, que "o funcionário... tem direito a ser provido na categoria de assessor (...), com efeitos a 7 de Dezembro de 1993 (data da cessação da comissão de serviço)".

16. No parecer elaborado no Gabinete de Sua Excelência a Secretária de Estado da Juventude, concordando-se, embora, "que o funcionário tem direito ao provimento na categoria de assessor", diverge-se do parecer do IPJ quanto à forma de calcular "a antiguidade que relevou para efeitos de provimento na aludida categoria e determinação do escalão".

17. Esta divergência funda-se na circunstância de o funcionário ter sido promovido a técnico superior principal, no decurso da comissão de serviço que vinha exercendo no cargo de chefe de divisão, entendendo-se que se aplica àquela situação o disposto na parte final do n.º 5 do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1º do Decreto-Lei n.º 34/93, de 13 de Fevereiro

18. "Daqui decorre" - escreve-se no referido parecer - "que no caso vertente

não há lugar à aplicação da 1ª parte do disposto no n.º 1 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 34/93, de 13 de Fevereiro, em virtude de existir desde 24 de Agosto de 1990 uma sobreposição do tempo relativo à categoria de origem com o tempo da comissão de serviço do cargo dirigente, os quais não poderão naturalmente ser agregados nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89, na primitiva redacção, não sendo assim, no caso em apreço, exequível o disposto neste preceito".

19. E conclui-se, afirmando que o funcionário tem "direito ao provimento em categoria superior, em virtude de o número de anos de exercício continuado de funções dirigentes, que decorre entre 24.08.90 e 7.12.93, (...), ser superior a 3 anos", considerando-se o tempo remanescente (3 meses e 11 dias) "para efeitos de antiguidade e de determinação do escalão".

20. Recorde-se que o acto administrativo proferido para dar execução ao disposto no artigo 18º, n.º 2, alínea a), no que respeita à contagem do tempo de serviço, tem por fundamento este parecer.

21. O parecer do CEJUR, emitido na sequência do pedido de reapreciação da contagem do tempo de serviço relevante para efeitos de provimento em categoria superior, no âmbito do direito à carreira garantido ao pessoal dirigente da Administração Pública, formula o problema do seguinte modo:

> " Em tese, a questão colocada admite três respostas diferentes: poderá considerar-se que a promoção não tem qualquer relevância na aplicação do regime legal, contando-se todo o tempo prestado no lugar de origem (...); poderá, por outro lado, entender-se que deve ser levado em consideração, independentemente da promoção, todo o tempo de duração das comissões de serviço (...); ou, por último, poderá afirmar-se que apenas deve ser considerado o tempo de duração das comissões de serviço posterior ao provimento na categoria de técnico superior principal (...)".

22. Mais à frente, escreve-se que "o estatuído no Decreto-Lei n.º 34/93 era já aplicável ao tempo da cessação da comissão de serviço, quer no que respeita ao regime transitório estabelecido no seu artigo 3º, quer no que toca à redacção dada ao n.º 5 no parecer, nunca se esclarece que a norma vigente, constante do n.º 5 do artigo 18º do Estatuto do Pessoal Dirigente, corresponde à norma do n.º 6 do mesmo artigo, antes de este ter sido alterado do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89", sublinhando-se "que esta última alteração não é ressalvada pelas disposições transitórias constantes do diploma de 1993.

23. Acrescenta-se, em seguida, que "do n.º5 do artigo 18º (do Decreto-Lei n.º 323/89), na versão de 1989, decorria necessariamente que a categoria a que se

ascendesse na pendência da comissão de serviço valeria, para este efeito, como lugar de origem".

24. Segundo o parecer, a noção de "lugar de origem" tem de ser entendida com uma latitude que permita abarcar, para além da posição jurídica permanente ocupada pelo funcionário ao tempo da nomeação para o cargo dirigente, aquela a que venha a aceder no exercício de uma faculdade que lhe é expressamente reconhecida".

25. Continua o parecer, afirmando que "o benefício atribuído pelo Decreto-Lei n.º 323/89 veio a ser retirado em 1993, através da nova redacção que foi dada à alínea a) do n.º 2 do seu artigo 18º; a este propósito, esclarece-se no preâmbulo do diploma que se procurou definir com maior clareza o conceito de direito à carreira, previsto no artigo 18º, evidenciando que o mesmo é reconhecido com o objectivo de evitar possíveis prejuízos no desenvolvimento da carreira de origem, bem como, por consequência, a sua relevância para efeitos de progressão".

26. Prossegue o parecer, asseverando que "o artigo 3º do Decreto-Lei n.º 34/93, ao determinar a incidência do novo regime nas situações já constituídas, expressamente ressalvou a aplicabilidade a essas situações da formulação original da alínea a) do n.º 2 do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89, nada dizendo quanto ao n.º 5 do mesmo artigo".

27. Daqui se parte para o esforço hermenêutico final:

> " A formulação do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 34/93 convida a ensaiar uma interpretação enunciativa, fazendo apelo ao argumento a contrario , com o que de imediato se chega à conclusão de que o n.º 5 do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89, na sua nova redacção, é aplicável às situações então constituídas. Conhecidas as debilidades deste tipo de interpretação é, todavia, aconselhável confrontar esta conclusão com outro tipo de ponderação, por forma a ter em conta as coordenadas substanciais do sistema.

Simplesmente, se atentarmos no acima referido n.º 1 do artigo 17º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, , parece que devemos chegar à mesma conclusão. E, por outro lado, se atentarmos na circunstância de que o acesso à categoria superior na pendência da comissão de serviço é feito com base no módulo de tempo cumprido na categoria de origem (...), o raciocínio é, mais uma vez, confirmado".

28. E conclui-se, crendo que "apenas deverá ser computado, para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 34/93, o tempo de serviço prestado após o provimento na categoria de técnico superior principal".

29. Como se pode verificar, a abordagem interpretativa adoptada nos três pareceres é idêntica, no que respeita à ponderação das disposições transitórias. Este percurso hermenêutico teve como resultado três diferentes interpretações sobre a mesma situação jurídica, o que - convenhamos - não abona em favor da metodologia utilizada, que, claramente, se revela improfícua.

30. Sublinhe-se que, especialmente, os dois últimos pareceres desvalorizam as normas constantes dos artigos 18º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, e 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 34/93, de 13 de Fevereiro, erigindo o disposto no artigo 18º, n.º 6, do primeiro diploma, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1º do decreto de 1993, como factor hermenêutico determinante.

É chegada a altura de confrontar os axiomas vertidos nos pareceres com os dispositivos legais que regulam a matéria em causa.

31. À data da nomeação do reclamante no cargo de Chefe de Divisão, vigorava já o Estatuto do Pessoal Dirigente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro.

32. Dispõe o artigo 17º, alínea a), deste diploma que ao pessoal dirigente (em que se inclui o cargo de chefe de divisão, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 2º do Estatuto em referência) é assegurado o direito à carreira, "nos termos dos artigos seguintes".

33. Por serem decisivas para a apreciação da concreta situação do reclamante, importa ter presentes as normas do artigo 18º do Estatuto, que a seguir se transcrevem:

> " 1- O tempo de serviço prestado em cargos dirigentes conta para todos os efeitos legais, designadamente para acesso nas carreiras em que cada funcionário se encontrar integrado.

2- Os funcionários nomeados para cargos dirigentes têm direito, finda a comissão de serviço:

a) Ao provimento em categoria superior à que possuíam à data da nomeação para dirigente, a atribuir em função do número de anos de exercício continuado nestas funções, agregado ao número de anos de serviço na categoria de origem, agrupados de harmonia com os módulos de promoção na carreira;

b) (...)

6- O disposto no n.º 2 não prejudica o direito de os funcionários que exerçam funções dirigentes se candidatarem aos concursos de acesso que ocorrerem na pendência da respectiva comissão de serviço."

34. Este artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, veio a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 34/93, de 13 de Fevereiro, pouco antes de se ter verificado a cessação da comissão de serviço do aqui reclamante.

35. O artigo 3º, n.º 1, deste último diploma estabelece que "se mantém transitoriamente em vigor a disposição constante da redacção primitiva do n.º 2 do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, relativamente aos funcionários que tenham sido nomeados para cargos dirigentes até à data da publicação do presente diploma, relevando para efeitos de antiguidade e de determinação de escalão o tempo remanescente ao necessário para a fixação da categoria a que tenham direito".

36. Importa, ainda, referir que as normas acima transcritas passaram a ter a seguinte redacção, assinalando-se o fragmento excisado, bem como os segmentos que foram acrescentados ou modificados:

"1- O tempo de serviço prestado em cargos dirigentes conta, para todos os efeitos legais, designadamente para promoção e progressão na carreira e categoria em que cada funcionário se encontrar integrado.

2- Os funcionários nomeados para cargos dirigentes têm direito, finda a comissão de serviço:

a) Ao provimento em categoria superior à que possuíam à data da nomeação para dirigente, a atribuir em função do número de anos de exercício continuado nestas funções, agrupados de harmonia com os módulos de promoção na carreira e em escalão a determinar nos termos do artigo 19º do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro;

b) (...).

5- O disposto no n.º 2 não prejudica o direito de os funcionários que exerçam funções dirigentes se candidatarem aos concursos de acesso que ocorrerem na pendência da respectiva comissão de serviço, caso em que o provimento respectivo é determinante para efeitos da alínea a) do n.º 2."

37. É insofismável que o reclamante, licenciado... , foi nomeado para um cargo dirigente antes da publicação do Decreto-Lei n.º 34/93, de 13 de Fevereiro. Nesta conformidade, o direito à carreira é regulado pela "disposição constante da redacção primitiva do n.º 2 do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro", por força do preceituado no artigo 3º, n.º 1, do diploma de 1993.

38. Em todos os pareceres. procede-se a uma interpretação revogatória da norma do artigo 3º, n.1, do Decreto-Lei n.º 34/93, com fundamento no estatuído no n.º 6 do artigo 18º, na sua nova redacção, sem que se invoque fundamento suficiente para tão drástico resultado.

39. Não se terá dado a devida relevância jurídica ao facto de aos dirigentes que tenham cessado a sua comissão de serviço entre 1 de Outubro de 1989 (data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 323/89) e 12 de Fevereiro de 1993 (o dia imediatamente anterior ao da publicação do Decreto-Lei n.º 34/93), ser aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 18º, na sua redacção primitiva.

40. Significa isto que essa norma integra o regime consubstanciador do direito à carreira definido pelo Decreto-Lei n.º 323/89, que vigorava antes da alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 34/93.

41. Neste diploma, distinguem-se claramente três campos de regulação normativa:

a) "a) No artigo 1º, estabelece-se o novo sistema de configuração do direito à carreira, garantido ao pessoal dirigente da Administração Pública;

b) No artigo 2º, confere-se natureza interpretativa aos n.ºs 3 e 12 do artigo 18º;

c) No artigo 3º, congregam-se as disposições transitórias.

42. A norma do actual n.º 5 do artigo 18º faz parte do novo sistema que regula o direito à carreira, não se confundindo com a norma paralela constante do n.º 6 do mesmo artigo, na sua primitiva redacção.

43. A essa regra, a lei não conferiu natureza de norma interpretativa, como o fez com as disposições dos n.ºs 3 e 12 do artigo em referência. Ora, como se sabe e dispõe o artigo 13º, n.º 1, do Código Civil, "a lei interpretativa integra-se na lei interpretada", atribuindo àquela eficácia retroactiva, embora com os limites que o mesmo artigo impõe.

44. Se a norma em apreço não faz parte das disposições interpretativas incluídas no Decreto-Lei n.º 34/93, terá de concluir-se que, na economia do diploma, esse preceito só pode constituir um preceito inovador.

45. Nas disposições transitórias, não se ressalva a norma do n.º 6 do artigo 18º, como se realça nos pareceres do Gabinete de Sua Excelência a Secretária de Estado e do CEJUR, mas idêntica solução foi adoptada relativamente à norma do n.º 3 do mesmo artigo, ambas na sua primitiva redacção.

46. Neste último preceito, dispõe-se que "o disposto no número anterior é aplicável aos funcionários que se encontrem nomeados em cargos dirigentes à data da entrada em vigor do presente diploma". Tendo presente que não há norma de sentido equivalente, na redacção que foi dada ao artigo 18º pelo Decreto-Lei n.º 34/93, deverá entender-se que se procedeu à sua revogação, tendo sido retirado esse direito aos funcionários que se encontrem nessa situação, a partir do início da vigência deste diploma ?

47. Importa, agora, não perder de vista o disposto no artigo 12º do Código Civil, onde se estatui que "a lei só dispõe para o futuro", a que se acrescenta: "ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular".

48. Seguramente, o Decreto-Lei n.º 34/93 não atribui eficácia retroactiva ao

regime por si instituído, relativamente "aos funcionários que tenham sido nomeados para cargos dirigentes até à data da (sua) publicação".

49. No que respeita à norma do n.º 6 do artigo 18º, na sua primitiva redacção, esta já produziu os seus efeitos na vigência do regime anterior.

50. O princípio da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, bem como o princípio da igualdade, consagrados, respectivamente, nos artigos 2º e 13º da Constituição, não consente uma interpretação que conduza a uma aplicação da lei? arbitrária, discriminatória e intolerável.

51. As dúvidas de interpretação reveladas nos pareceres a que nos vimos referindo, aconselhariam a que se tivesse optado por uma alternativa hermenêutica conducente a um juízo de compatibilidade das normas interpretandas com a Constituição, de forma a evitar a violação de preceitos e princípios constitucionais (cfr. Gomes Canotilho, "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Almedina, pág. 1171 e segs).

52. Como se escreve no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 303/90, publicado no Diário da República, 1ª série, de 26 de Dezembro de 1990), "o cidadão deve poder prever as intervenções que o Estado poderá levar a cabo sobre ele ou perante ele e preparar-se para se adequar a elas", ou ainda no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 17/84, publicado no Diário da República, 2ª série, de 14 de Maio de 1984, "deve poder confiar em que a sua actuação seja reconhecida pela ordem jurídica e assim permaneça em todas as suas consequências juridicamente relevantes. Esta confiança é violada sempre que o legislador ligue a situações de facto, constituídas e desenvolvidas no passado, consequências jurídicas mais desfavoráveis do que aquelas com que o atingido podia e devia contar".

53. Uma interpretação conforme a Constituição teria iluminado os elementos lógicos da hermenêutica jurídica, designadamente os de ordem sistemática e racional (cfr. Karl Engisch, "Introdução ao Pensamento Jurídico", Fundação Calouste Gulbenkian, 6º edição, pág. 147, e Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional", Tomo II, 3º edição, Coimbra Editora, 1991, pág. 263). Este percurso teria permitido evidenciar a incompatibilidade de articulação das disposições da alínea a) do n.º 2 do artigo 18º, na sua primitiva redacção, e do n.º 5 do mesmo artigo, na redacção resultante da alteração introduzida pelo diploma de 1993, norma esta que só ganha sentido na conjugação com a norma actual da alínea a) do n.º 2 do artigo em referência.

54. A busca de um sentido para a expressão "categoria de origem" só pode encontrar justificação na necessidade de compatibilizar as normas acima mencionadas, sendo puramente artificial a conclusão a que os três pareceres chegam, não tendo "na

letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso", como se exige no artigo 9º, n.º 2, do Código Civil.

55. E, no entanto, na primitiva redacção da alínea a) do n.º 2 do artigo 18º do Decreto-Lei n.º 323/89, aquela expressão não geraria a menor controvérsia. A "categoria de origem" não pode ser outra que não "a categoria que (os funcionários) possuíam à data da nomeação para dirigente". E, esta interpretação coaduna-se, na perfeição, com o disposto no n.º 6 do mesmo artigo e diploma, na sua redacção original.

56. A interpretação enunciativa ensaiada no último parecer não passa de uma proposição assertiva, destituída de qualquer fundamentação. Com efeito, não se está perante uma norma excepcional, nem o intérprete dela extraiu qualquer princípio-regra de sentido oposto para os casos não abrangidos por aquele jus singulare (cfr. J. Baptista Machado, "Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador", Almedina, 1985, págs. 187 e 188).

57. Como já se explanou, está-se, apenas, perante a sucessão no tempo de dois regimes diferentes que incidem sobre o mesmo tipo de situações jurídicas. A lei nova esclarece (cfr. artigo 3º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 34/93) que o novo regime se aplica às situações constituídas após a sua publicação, mantendo-se submetidas ao regime anterior as situações anteriormente constituídas.

58. Ainda no que se refere àquele último parecer, cumpre apreciar a invocação que ali se faz do artigo 17º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro. Esta disposição aplica-se às situações de promoção dos funcionários, em conformidade com as normas que regulam o acesso na carreira, normalmente, por via de concurso, como resulta do estatuído no artigo 16º do mesmo diploma

59. Ora, o direito à carreira assegurado pelo Estatuto do Pessoal Dirigente, em qualquer dos dois regimes, processa-se segundo regras especiais, que já tivemos oportunidade de enunciar, das quais resulta a inaplicabilidade da disposição invocada no parecer do CEJUR, em matéria de concretização daquele direito.

60. Nesta conformidade:

a) Considerando o disposto no artigo 18º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 323/89, de 26 de Setembro, na sua primitiva redacção, aplicável por força do preceituado no n.º 1 do artigo 3º do Decreto-Lei n.º 34/93, de 13 de Fevereiro;

b) Atendendo aos módulos de tempo (de três anos) definidos nos artigos 3º, n.º

1, alíneas b) e c), do Decreto-Lei n.º 265/88, de 28 de Julho, e 19º, n.º 2, alínea b), do Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro, para efeitos de promoção e progressão na carreira técnica superior;

c) Tendo presente que o aqui reclamante era técnico superior de 1ª classe (categoria de origem), desde 27 de Janeiro de 1986 e que a sua comissão de serviço no cargo de chefe de divisão cessou em 4 de Outubro de 1993;

O licenciado...adquiriu o direito a ser provido na categoria de assessor, com efeitos reportados a 27 de Janeiro de 1992, data a partir da qual deverão ser contados os módulos de tempo para efeitos de progressão.

Por todo o exposto, no exercício dos poderes que me são conferidos pelo artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a) Que ao licenciado... seja contado, na categoria de assessor, todo o tempo de serviço prestado desde 27 de Janeiro de 1992;

b) Que, em função dessa antiguidade, seja corrigida a integração nos escalões imediatos;

c) Que, em conformidade com essa correcção, lhe sejam abonadas a diferença entre as remunerações efectivamente auferidas e as que, por direito, deveriam ter sido processadas.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Ministro da Justiça

R-4859/97
Rec. n.º 74/A/98
1998.11.27

1. Informo Vossa Excelência que, após análise da reclamação apresentada por M..., e ponderada a posição de V. Exa vertida no ofício do Gabinete de V. Exa n.º 5757, P.º 1197/96, de 20.10.98, considerei a mesma reclamação procedente pelas razões enunciadas de seguida.

2. Da análise da posição da reclamante e face à não oposição desse Ministério e particularmente da Direcção-Geral dos Serviços Prisionais, considero assente a seguinte matéria de facto:

a) A reclamante exerceu as funções de técnico superior de 2ª classe estagiária desde Junho de 1991, tendo tomado posse na categoria de técnico superior em 22.07.92;

b) Por despacho do Senhor Director-Geral dos Serviços Prisionais de 21 de Abril de 1992 foi designada Directora do Estabelecimento Prisional das Caldas da Rainha, em virtude de o anterior titular se ter desligado do serviço para efeitos de aposentação;

c) Por despacho do Senhor Director-Geral dos Serviços Prisionais de 21 de Setembro de 1995 a reclamante foi exonerada do cargo, a seu pedido;

d) Durante o período de tempo em que exerceu as funções de Directora do

Estabelecimento, a reclamante apenas auferiu o vencimento de estagiário e de técnico superior de 2ª classe.

3. Como se infere da Informação da Auditoria Jurídica que serviu de base ao Despacho de V. Ex.a de 19.10.98, a pretensão da reclamante foi indeferida por várias ordens de razões, a saber:

a) A reclamante não foi investida no cargo pela entidade competente para nomear em regime de substituição;

b) A reclamante exerceu funções para além do período legal de duração do regime de substituição;

c) A situação da reclamante não é equiparada àquela que levou um meu antecessor a formular Recomendação no processo 81/R-989-A-2 (Relatório do provedor de justiça de 1984, páginas 154 e 155).

4. Desde já, não posso aceitar que, apenas com base em argumentos de ordem formal, contidos na Informação de Auditoria Jurídica, respeitantes à natureza e duração do alegado regime de substituição, que terá estado na base da designação da reclamante, tenha sido desatendido o pedido da reclamante.

5. Aceitando que possa ser questionável a designação da reclamante ao abrigo do disposto no art.º 62º, n.º 3 do Dec-Lei 268/81, de 16 de Setembro, e daí eventualmente incompetente o Director-Geral para proceder à designação e, ainda, que a situação de facto tivesse ultrapassado o prazo legal máximo, a verdade é que o exercício de funções da reclamante, de forma regular e continuada, teve lugar por impulso da Administração Pública.

6. É, assim, indubitável que a Administração beneficiou do trabalho prestado pela reclamante sem o ter retribuído de forma justa, equilibrada e proporcionada à quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido.

7. Se alguma situação irregular existiu a mesma foi gerada apenas e só pela Direcção-Geral dos Serviços Prisionais.

8. Não é aceitável que se possa pôr em dúvida a boa fé da reclamante, só porque alegadamente deveria saber que a situação de facto em que prestou serviço não teria cobertura legal.

9. De resto, como já salientei, nunca é de mais realçar que, quer o exercício de funções, quer a sua manutenção, para além do eventual período de seis meses, foram de iniciativa e tiveram a aquiescência da Administração, pelo que nunca poderia a mesma invocar os alegados vícios de incompetência ou de violação da lei, para se subtrair ao pagamento das remunerações devidas.

10. Ao actuar de forma indicada a Administração incorre em procedimento que

marcadamente viola o princípio da boa fé na modalidade de "venire contra factum proprium".

11. Ainda em sede e respeito pelo princípio da boa fé, convém lembrar que, também, a Administração Pública nas relações com os particulares está obrigada a ponderar os valores fundamentais do direito relevantes em cada situação, tendo em especial conta a confiança que com o seu procedimento poderá suscitar na contraparte, conforme resulta do disposto no artº 6º-A, n.º 1, e n.º 2, alínea a) do Código de Procedimento Administrativo, na redacção aditada pela Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro.

12. Não posso, assim, aceitar a tese da Auditoria Jurídica que terçou armas em redor do comportamento da reclamante que, aliás, nada tem de censurável, esquecendo-se de analisar o comportamento da Administração Pública que manifestamente atentou contra as regras da boa fé.

13. Não pode, ainda, ser esquecido que a reclamante no caso em apreço estava obrigada a cumprir a ordem do seu superior hierárquico, exercendo as funções para que foi designada.

14. Ao contrário do argumento aduzido na indicada Informação para afastar a similitude com o caso que serviu de base à Recomendação formulada no P.º 81/R-989-A-2 (Relatório do provedor de justiça 1984, pág. 154 e 155), cabe-me salientar que o caso presente, a meu ver, justifica, por maioria da razão, o pagamento da retribuição correspondente às funções de Director do Estabelecimento.

15. É que, no caso da anterior Recomendação, estava-se perante o exercício em acumulação das funções de 1º oficial com as funções de Director do Estabelecimento.

16. No presente caso, estamos perante o exercício de funções de Director do Estabelecimento em regime de exclusividade, por um técnico superior de 2ª classe.

17. Mesmo sem recolher elementos de facto com fins comparativos, entre o exercício das funções da ora reclamante e do referido 1º oficial, não é difícil supor que, no caso da reclamante, o exercício das funções de Director terá atingido um grau de qualidade e satisfação dos objectivos do interesse público em maior grau do que, naturalmente, foram atingidos no primeiro caso.

18. E tanto assim foi que a reclamante só cessou as funções a seu pedido.

19. Estamos, assim, perante um caso nítido de enriquecimento sem causa da Administração à custa do trabalho e sacrifício do funcionário, situação jurídica que, aliás, é reconhecida na Informação da Auditoria Jurídica em análise.

20. Nestes termos,

Recomendo

a V. Exa que seja paga à reclamante a diferença entre a retribuição auferida e a que no período de 21.04.92 a 21.09.95 correspondia à retribuição de Director de Estabelecimento.

Recomendação acatada

2.4.2. Resumos de processos anotados

R-1977/93

Assunto: Trabalho. Função Pública. Subsídio.

Objecto: Actualização do subsídio de residência do pessoal da Direcção-Geral dos Impostos.

Decisão: Porque, na sequência das diligências promovidas no presente processo, foram atribuídos em 1995 novos valores ao subsídio de residência que de mostrava inalterado desde 1988 e porque o Director-Geral da DGCI anunciou, em acatamento parcial da Recomendação n.º 95/A/95, de 7-9-95, a intenção de desencadear o procedimento tendente a nova actualização para o biénio de 1997/99 foi arquivado o processo por despacho do Senhor Provedor de 9-7-97.

Síntese:

1. O Sindicato dos Trabalhadores dos Impostos suscitou em 1993 a questão da não actualização bienal do subsídio de residência regulada pelo artº 35º, n.º4 do Dec. Regulamentar n.º 54/80, de 30 de Setembro, que se mantinha inalterado desde 1988.

2. Iniciadas diligências junto da DGCI, por Desp. 5/95-XII (D.R., 2ª, de 2-2-95) foi actualizado para Esc:20.000$ o valor do referido subsídio, com efeitos reportados a 1-1-95.

Verificando-se que o Dec-Regulamentar n.º 54/80 garantia uma actualização bienal que não foi cumprida em 1990, em 1992 e em 1994, foi elaborada a Recomendação n.º 95/A/95 onde se defendeu que devem ser actualizados para produzir efeitos desde 1 de Janeiro de cada um daqueles anos os montantes do subsídio de residência.

3. Em audiência que teve lugar em 18-6-97, a Chefe de Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais fez-se acompanhar do Subdirector-Geral dos Recursos Humanos da DGCI, tendo sido afirmado que iria ser desencadeado o processo de aprovação de novos montantes para o biénio de 1997-99, mas que seria

financeiramente incomportável a actualização do mesmo subsídio de residência com efeitos retroactivos a 1990-1992 e 1994, como fora recomendado.

O Sindicato reclamante não voltou aos autos desde 1993 e não reagiu ao ofício de elucidação que lhe comunicou o arquivamento do processo.

R-464/94

Assunto: Concurso de acesso. Vagas de assessor e assessor principal. Revogação de despacho.

Objecto: Intervenção do provedor de justiça em ordem a que os efeitos das nomeações resultantes dos concursos pendentes produzissem efeitos retroactivos.

Decisão: Reclamação procedente, após reiteração, com formulação de recomendação e acatamento pelo Senhor Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas.

Síntese:

1. Vários funcionários integrados na carreira técnica superior haviam sido opositores a concursos para vagas de assessor e assessor principal do quadro da Direcção-Geral de Planeamento e Agricultura.

O concurso atingiu o seu termo em 17 de Junho de 1993, com a publicação da lista de classificação final.

Sucede que a Direcção-Geral de Planeamento e Agricultura foi extinta e criado, em sua substituição, o Instituto de Estruturas Agrágrias e Desenvolvimento Rural, por força do Decreto-Lei n.º 94/93, de 2 de Abril.

O quadro de pessoal do novo instituto foi aprovado pela portaria n.º 772/93, de 3 de Setembro.

Apesar do art. 61º do Decreto-Lei n.º 97/93, de 2 de Abril, ter mantido a validade dos concursos, a verdade é que a Secretaria-Geral do Ministério da Agricultura, e mesmo a Direcção-Geral do Desenvolvimento Rural, vieram sufragar o entendimento de que os provimentos dos candidatos só teriam lugar após a publicação das listas de transição para o novo organismo e para os lugares vagos do quadro de pessoal aprovado pela referida portaria.

Na base desse entendimento os queixosos acabaram por ser nomeados para os lugares a que se candidataram por despacho do então presidente do Instituto de Estruturas Agrárias.

2. Para minorar os danos causados pelo atraso nas nomeações, o provedor de justiça formulou a recomendação n.º 62/A/97 ao Senhor Secretário de Estado da Agricultura e Pescas em ordem a que os despachos de nomeação de 21.09.94 fossem parcialmente revogados mediante a fixação de efeitos retroactivos às nomeações reportados a 3.09.93, data da entrada em vigor da portaria n.º 772/93.

A recomendação não foi acatada de pronto, com o argumento de que haviam sido interpostas acções de indemnização contra o Estado.

3. Todavia, por se entender que o objecto das acções de indemnização não se confundia com as finalidades da recomendação, inexistindo, consequentemente, incompatibilidade entre os efeitos de umas e de outras, o provedor de justiça formulou a recomendação n.º 35/A/98, reiterando a necessidade de substituição dos despachos de nomeação por outros que consagrem efectivamente a eficácia retroactiva à data da entrada em vigor da portaria n.º 772/93.

A recomendação veio a ser integralmente acatada por despacho de 13.07.98 do Senhor Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas e, por isso, foi o processo arquivado.

P-16/98

Assunto: Pessoal dirigente. Recrutamento Concurso.

Objecto: Revogação da Lei n.º 13/97, de 23 de Maio, na parte em que institui o concurso como forma exclusiva de recrutamento de directores de serviço e chefes de divisão, do grupo do pessoal dirigente dos serviços da Administração Pública.

Decisão: Formulada recomendação à Assembleia da República.

Síntese:

1. Antes da alteração introduzida pela Lei n.º 13/97, de 23 de Maio, o recrutamento para todos os cargos do grupo de pessoal dirigente da Administração Pública era feito no regime de livre escolha, de entre um universo de candidatos que reunisse os requisitos definidos na lei. O Decreto-Lei n.º 323/89, de26 de Setembro, permitia, no entanto, que, por opção da entidade competente, o recrutamento de directores de serviço e chefes de divisão se fizesse por meio de concurso. Era já este o sistema adoptado no Decreto-Lei n.º 191-F/79, de 26 de Junho, que anteriormente definia o estatuto do pessoal dirigente.

2. A solução agora adoptada é susceptível de afectar o sistema de gestão da Administração Pública, contaminando o próprio funcionamento do serviços. Haverá ciclicamente o envolvimento de 11883 a 19805 dirigentes da Administração Pública, participando em 3961 concursos para provimento de directores de serviços e chefes de divisão, repartidos por três anos, o que perfaz uma média de 3,4 concursos por cada um dos 4679 dirigentes, que efectivamente existem. Para além destes dirigentes, teremos cerca de 15000 funcionários a participar nos 1300 concursos que se realizarão anualmente. Durante o período dos concursos (cuja duração dificilmente será inferior a 6 meses), a organização voltar-se-á sobre si própria, prestando menos atenção ao exercício das suas atribuições. Por outro lado, a relação de confiança, que se reputa indispensável na escolha dos dirigentes de topo, não é negligenciável no recrutamento dos restantes dirigentes, uma vez que as organizações não funcionam eficazmente sem uma articulação capaz entre os diferentes níveis da hierarquia, muito em especial na conexão do vértice estratégico com os gestores intermédios.

O recrutamento destes dirigentes, por via de concurso, constitui um processo em que ninguém é responsável por um eventual mau desempenho de um director de serviços ou de um chefe de divisão, seleccionado deste modo. No processo de livre

escolha, sabendo-se quem escolhe (o director-geral) e que essa entidade sofre ou beneficia dessa escolha, não só se dispõe de um modo de recrutamento dotado da máxima transparência, como se define com clareza a responsabilidade pelo exercício dessa competência.

3. Foi formulada recomendação legislativa à Assembleia da República - Rec. n.º 9/B/98 - no sentido proposto, que não foi acatada. Esgotada a possibilidade de ulterior intervenção, foi o processo arquivado.

2.5.

Assuntos judiciários e penitenciários; defesa nacional; segurança interna e trânsito; registos e notariado

2.5.1. Recomendações

Ao
Exmo. Senhor
General Comandante-Geral da Guarda Nacional Republicana

C/c
A
Sua Excelência
o Ministro da Administração Interna

R-1722/95
Rec. n.º 58/A/98
1998.09.04

I
Introdução

Em 07.07.1995 solicitei a V. Exa. que fossem ordenadas averiguações com vista ao esclarecimento de um caso de alegados maus tratos ocorrido na esquadra da Polícia de Segurança Pública (PSP) de Benfica, em Lisboa, que me foi participado pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa.

A PSP respondeu prontamente que "em 95.07.18, foi ordenado ao Comando Metropolitano de Lisboa que instaurasse o respectivo processo" (cf. ofício n.º 2978/DEDP, de 11.08.1995, fotocópia em anexo) e deu conta das conclusões do mesmo em 18.12.1995:

> "o processo já foi concluído e não foi apurado qualquer ilícito disciplinar, pelo que o mesmo foi arquivado, aguardando, no entanto, a produção de melhor prova" (cf. ofício n.º 4419/DEDP, fotocópia em anexo)

Mais precisamente, concluiu o Processo de Averiguações n.º 173/95 - que se destinava a apurar a eventual prática de agressões por parte de agentes pertencentes ao efectivo da esquadra de Benfica, na pessoa de P... - que não se apurou matéria susceptível de configurar a aplicação de pena disciplinar ao subchefe L... e ao guarda L..., não sendo ainda "o seu comportamento perante a detenção do P... (. . .) alvo de censura" (cf. n.º 4.2. do relatório final do Processo de Averiguações).

Permito-me duvidar de tais conclusões, especialmente no que concerne à legalidade da detenção e demais circunstâncias que a rodearam, nos termos e pelos fundamentos seguintes:

II
Exposição de Motivos

A
Os Factos

1. Aos supra identificados agentes da PSP incumbia a missão de conduzir o P..., do Instituto Navarro de Paiva, sito na Rua de 5. Domingos de Benfica, em Lisboa, onde se encontrava internado, a um outro Estabelecimento Tutelar de Menores, situado na cidade da Guarda.

2. Para o efeito, deslocaram-se aqueles agentes ao Instituto Navarro de Paiva, cerca das 8.00 horas do dia 28.11.1994.

3. Ali, após diálogo circunstancial com o P..., o subchefe L... considerou-o suspeito da prática de um crime de violação, do qual tinha tido conhecimento, dado ter sido participado pela vítima poucos dias atrás, na esquadra de Benfica onde presta serviço.

4. Deste modo, em lugar de executar a missão que lhe fora confiada, acompanhando o P... à cidade da Guarda, entendeu o subchefe L..., por iniciativa própria, conduzi-lo, de imediato, às instalações da supra referida esquadra da PSP.

5. Onde, no mesmo dia, e uma vez mais por iniciativa própria, desencadeou investigações com vista ao esclarecimento do crime de violação.

5.1. Assim, cerca das 15.00 horas do dia 28.11.1994, foram ouvidos naquela esquadra, perante o subchefe L..., em auto de declarações, J... e J... M..., psicólogo técnico de educação e auxiliar técnico de educação do Instituto Navarro de Paiva, respectivamente;

5.2. Ali compareceu, pelas 17.30 horas, V..., vitima do supra aludido crime, a qual, de igual modo, prestou declarações e

5.3. Procedeu ao reconhecimento do P..., na qualidade de suspeito da autoria material do crime;

5.4. Tendo ainda reconhecido alguns objectos pertencentes ao suspeito, que lhe foram mostrados na esquadra;

5.5. Alguns dos quais apreendidos, instantes antes, no quarto do P..., no Colégio Navarro de Paiva;

5.6. Já de noite, foi o P... instado a deslocar-se ao local onde se teria consumado a violação, na companhia do guarda L..., aparentemente com o objectivo de confirmar as suspeitas que sobre ele recaíam.

6. As 21 horas do dia 28.11.1994, o subchefe L... registou a detenção do P... por suspeita da prática de um crime de violação, em virtude de mandado de detenção emanado do Comando Distrital de Lisboa da PSP, nos termos e para os efeitos do disposto no número 2 do artigo 257º do Código de Processo Penal.

7. Na madrugada do dia 29.11.1994, em hora não especificada, o suspeito foi conduzido aos calabouços do Comando Metropolitano da PSP desta cidade, onde aguardou pela manhã, com vista a ser presente ao juiz de instrução criminal.

B
O Direito

8. Dispõe o número 2 do artigo 257º do Código de Processo Penal (que tipifica os casos em que pode ocorrer a detenção fora de flagrante delito) , no que especialmente concerne às autoridades policiais, o seguinte:

"As autoridades de polícia criminal podem também ordenar a detenção fora de flagrante delito, por iniciativa própria, quando:

a) Se tratar de caso em que é admissível a prisão preventiva;

b) Existirem elementos que tornem fundado o receio de fuga; e

c) Não for possível, dada a situação de urgência e de perigo na demora, esperar pela intervenção da autoridade judiciária."

Tal ordem passa, necessariamente, pela emissão de um mandado de detenção, com o formalismo imposto pelo número 1 do artigo 258º do CPP. Isto porque, aos pressupostos materiais da detenção fora de flagrante delito constantes do elenco supra citado, acrescem os pressupostos formais: o mandado das autoridades judiciárias ou a ordem das autoridades de polícia criminal (sendo certo que esta ordem, na terminologia do CPP, não é outra coisa senão o mandado de detenção, conforme resulta claramente do disposto no artigo 258º do CPP)

Conforme refere M. Simas Santos e Outros (Código de Processo Penal, 1996, Rei dos Livros, II vol., pp. 49) "a detenção só pode ter lugar com base em mandado para o efeito, passado segundo o formalismo previsto no art. 258º".

Assim, no momento em que procedeu à detenção do P..., não dispunha o subchefe L... de poderes bastantes para tanto.

Com efeito, a detenção, nos termos e para os efeitos do disposto nos normativos supracitados do CPP, não pode deixar de coincidir com o exacto momento em que o suspeito vê cerceada a sua liberdade por intervenção da entidade policial captora. E a partir deste momento, e não de qualquer outro, que se inicia a contagem do prazo previsto na alínea a) do artigo 254º do CPP, não sendo legítimo fazer coincidir a detenção com momento posterior, como ocorreu no caso em apreço, ao registar-se que o suspeito foi detido pelas 21 horas do dia 28.11.1994. Como resulta claramente da factualidade supra descrita o P... esteve detido naquela esquadra da PSP de Lisboa desde o inicio da manhã do dia 28.11.1994 e não desde as 21 horas desse mesmo dia.

9. Por outro lado, dada a total ausência de referência ao facto, tudo indica que não foi observado o disposto no artigo 259º do CPP, segundo o qual, "sempre que qualquer entidade policial proceder a uma detenção, comunica-a de imediato ao Ministério Público" (cf. alínea b) do artigo cit., sublinhados nossos) , sendo legítimo supor que o Ministério Público só veio a tomar conhecimento da detenção - e demais diligências entretanto efectuadas pela PSP - quando o P... deu entrada no Tribunal de Instrução Criminal na manhã do dia seguinte ao da detenção. Circunstância que, cumpre agora melhor explicitar, se reveste de apreciável gravidade, na medida em que até àquele momento, para além da detenção, a PSP levou a cabo, por iniciativa própria, as diligências investigatórias supra descritas (v. o número 5) , as quais consubstanciam verdadeiros actos de polícia judiciária, no sentido técnico do termo (sobre o, vd. José António Barreiros, Processo Penal, 1, Coimbra, 1981, p. 354)

10. Com efeito, a PSP não dispõe, à luz do Código de Processo Penal e demais legislação que rege a sua actividade, de competências originárias em matéria de investigação criminal. Bem pelo contrário, dispõe a alínea c) do artigo 5º do Estatuto da PSP, aprovado pela Lei n.º 321/94, de 29 de Dezembro, que a PSP só pode "praticar os actos processuais e de averiguação que lhe forem cometidos por lei ou por delegação" (em sentido bem diverso do que preceitua o decreto-lei n.º 295-A/90, de 21 de Setembro, que aprova a Lei Orgânica da Polícia Judiciária, a qual é configurada como um órgão de polícia criminal auxiliar da administração da justiça, tendo por atribuições a prevenção e a investigação criminal e presumindo-se deferida à Polícia Judiciária a competência exclusiva para a investigação de uma multiplicidade de crimes, v. artigos l.º, 2º e 4º do decreto-lei n.º 295-A/90, de 21/9). Tal regulamentação inscreve-se na opção - mais vasta e com consagração constitucional - por um modelo em que a investigação criminal foi pensada como actividade judicial (neste sentido vd. Cunha Rodrigues, A Posição Institucional e as Atribuições do Ministério Público e das Polícias na Investigação Criminal, BMJ, 984, n.º 337, p.38).

11. De facto, os órgãos de policia criminal actuam, no processo, sob a orientação das autoridades judiciárias e na sua dependência, coadjuvando-as com vista à realização das finalidades do processo (v. artigos 55º e 56º do CPP). Ora, assim sendo, mal se compreenderia que tal estatuto permitisse a uma Policia à qual não estão delegadas competências genéricas em matéria de investigação criminal - como é a PSP, a realização de actos típicos de investigação, por iniciativa própria e à revelia das autoridades judiciárias. Tal configuraria um autêntico "inquérito policial" ou "preliminar" que, como é sabido, há muito foi banido do ordenamento jurídico português.

12. Na verdade, é precisamente por se entender que a investigação criminal é susceptível de colocar em causa os direitos dos cidadãos que a Lei exige "garantia judicial" para a investigação. o que se vem a traduzir na função tutelar que cabe ao Ministério Público, juiz de instrução e juiz, consoante a fase do processo: inquérito, instrução ou julgamento, respectivamente. Numa palavra, e conforme refere José Souto de Moura: "o Código quis seguramente uma polícia "judicial", e rejeitou sem dúvida uma "justiça" policial." (vd. Inquérito e Instrução em O Novo Código de Processo Penal, Coimbra, 1988, p. 107) . Lamentavelmente, foi de "justiça policial" que se tratou, no caso em apreço, sendo de resto inglório o esforço desenvolvido pela PSP, na medida em que grande parte dos actos descritos no número 5 supra, senão mesmo a sua totalidade, são susceptíveis de ser declarados inválidos, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 123º do CPP.

13. O P..., após ter sido ouvido no TIC de Lisboa, regressou ao Instituto Navarro de Paiva, de onde seguiu para o Colégio da Guarda, conforme estava inicialmente previsto, não tendo sido confirmada a detenção, nem realizada qualquer medida cautelar com vista a garantir os meios de prova. O que demonstra que, na perspectiva da investigação, eram dispensáveis quaisquer "actos de policia" a praticar naquele exacto momento. Ou seja, a simples comunicação ao Ministério Público, no âmbito do inquérito que já deveria existir sobre os factos (considerando que a queixa havia sido apresentada dias antes), revelar-se-ia certamente suficiente para garantir o bom curso da investigação. Infelizmente, não foi assim que os supra identificados agentes da PSP interpretaram a situação, com consequente violação do dever de zelo a que estão obrigados. O que se revela particularmente grave e preocupante na perspectiva, genérica, da salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, dado revelar uma deficiente compreensão das atribuições que estão legalmente cometidas à

PSP.

III

Termos em que,

Recomendo

a V. Exa., ao abrigo dos poderes que me são conferidos pelos artigos 23º, n.º 1, da Constituição da República e 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que seja determinada, de imediato, a reabertura do Processo de Averiguações n.º 173/95, com vista à reapreciação da conduta dos agentes nele identificados à luz das considerações antecedentes.

Aguardo resposta de V. Exa. a presente Recomendação, nos termos do disposto no artigo 38º, n.º 2, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, e esclareço, por último, que só agora tomo posição .sobre o assunto por ter entendido que seria útil e adequado aguardar o desfecho do inquérito n.º..., em curso no DIAP de Lisboa. Isto porque, sendo nele os arguidos agentes da PSP implicados nos factos, a decisão que ali vier a ser proferida reveste-se de assinalável interesse para a apreciação da actuação policial contestada, como é evidente. A demora na conclusão do processo judicial obriga-me, porém, a pronunciar-me sobre o assunto, sob pena de se tornar inviável o apuramento, em tempo útil, de eventuais responsabilidades disciplinares.

Recomendação acatada

À
Exma. Senhora
Presidente da Câmara Municipal de Almada

R-4404/96
Rec. n.º. 59/A/98
1998.09.21

1. Como se impunha, a provedoria de Justiça deu conhecimento do conteúdo do mesmo ao Exmo. Senhor J..., que mantém, na íntegra, a queixa que dirigiu a V. Exa. e a este Órgão do Estado, na qual alega que o veículo automóvel com a matrícula ..., de que era proprietário, foi indevidamente removido pelos Serviços Camarários no passado dia 19.09.1995, uma vez que, ao contrário do que defende a Câmara Municipal de Almada, não se encontrava abandonado.

2. Em face dos elementos recolhidos sobre o assunto concluiu-se que a queixa é pertinente, nos termos e pelos fundamentos seguintes:

2.1. A Câmara Municipal de Almada começou por justificar a remoção da viatura com base no facto de a mesma "se encontrar na via pública em estado de abandono" (cf. ofício n.º 19898, de 95.11.16, em anexo) . A actuação contestada estaria, assim, abrangida pelo disposto no artigo 164º, n.º 1, alínea f), do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de Maio: "considera-se estacionamento abusivo o que se prolongue por mais de seis dias consecutivos em qualquer local, apresentando o veículo sinais evidentes de abandono"

2.2. Mais tarde, instada por este Órgão do Estado a pronunciar-se sobre o assunto, respondeu essa Autarquia através do ofício referenciado em epígrafe, no qual refere ter-se verificado a situação prevista no artigo 164º, n.º 1, alínea f) , do Código da Estrada, que dispõe que se considera estacionamento abusivo "o que se verifique por tempo superior a quarenta e oito horas, quando se trate de veículos que apresentem sinais exteriores evidentes de impossibilidade de se deslocarem com segurança pelos seus próprios meios".

Independentemente da indefinição no que diz respeito à caracterização da situação, a verdade é que nenhuma das situações descritas está devidamente comprovada. Pelo contrário, o facto de o veículo se ter deslocado em segurança pelos seus próprios meios quando foi retirado do parque para onde havia sido conduzido (circunstância testemunhada pelo funcionário que se encontrava de guarda ao parque; cf. carta do reclamante de 10.10.95, em anexo) é suficiente para afastar a previsão da alínea e) do artigo citado. De igual modo, a própria descrição do estado da viatura constante do auto de remoção (fotocópia em anexo) não permite concluir que o veículo estava impossibilitado de se deslocar pelos seus próprios meios e, muito menos, que se encontrava em estado de abandono. Com efeito, registou-se, na altura, que o automóvel possuía todos os componentes e acessórios essenciais, tendo-se feito apenas constar que a carroçaria se encontrava em mau estado de conservação, quando o formulário utilizado permíc:a duas outras opções: "muito mau" estado e "sucata".

2.4. Por último, nos casos de estacionamento abusivo a Lei impõe, como bem se compreende, que os proprietários sejam notificados antes de se proceder à remoção, só se dispensando a notificação nos casos em que os veículos não possuem indicação do nome e residência do proprietário (artigo 165º do Código da Estrada) . Ora, o Exmo. Senhor Joaquim Marques informou a Provedoria de Justiça, por carta datada de 29.05.97, que no interior do veículo existia uma placa identificadora com o seu nome e residência. Pelo que, ainda que estivesse em causa uma situação de

estacionamento abusivo, nos termos e para os efeitos do disposto nas alíneas supra citadas do artigo 164º do Código da Estrada - do que muito se duvida, dadas as considerações antecedentes -, impunha-se a notificação do proprietário, nos termos supra referidos. A ausência de notificação basta, por si só, para tornar a remoção ilegítima, porque destituída do necessário suporte legal.

3. O Exmo. Senhor J... continua a alegar que, para além do transtorno que a remoção da viatura lhe causou, foram provocados estragos no automóvel aquando da remoção. Não obstante, está disposto a abdicar de qualquer indemnização, limitando-se a reclamar a devolução da quantia de Esc. 5.616$00 (cinco mil seicentos e dezasseis escudos), por forma a ver reparada a injustiça de que foi vítima (cf. fotocópia da guia de receita, em anexo)

Dispõe o n.º 5 do artigo 166º do Código da Estrada que as taxas devidas pela remoção de veículos, bem como pelo depósito dos mesmos, "não são devidas quando se verificar que houve errada aplicação das disposições legais".

Termos em que, no uso dos poderes que me são conferidos pelo artigo 23.º, n.º 1, da Constituição da República e pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Exa. que providencie no sentido de ser devolvida ao Exmo. Senhor J... a quantia de Esc. 5.616$00 (cinco mil seiscentos e dezasseis escudos), indevidamente paga nos termos supra descritos.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Comandante-Geral da Polícia de Segurança Pública

R-4900/96
Rec. n.º 62/A/98
1998.10.21

I

1. No âmbito da instrução do processo à margem identificado, tem vindo a Provedoria de Justiça a acompanhar a evolução dos processos disciplinares referenciados em epígrafe, os quais se reportam, segundo julgo saber, a factos ocorridos no pretérito ano de 1996 no Comando de Castelo Branco dessa Polícia.

2. Deste modo, atenta a informação constante do ofício n.º 1996/DEDP 01930, de 20.05.97, da Direcção de Ética e Disciplina Policial (DEDP) da PSP (fotocópia em anexo) - "acerca de alegadas irregularidades no Comando de Polícia [de Castelo Branco] foi instaurado um Processo de Averiguações no qual já foram ouvidos vários indivíduos daquele Comando, e cujo processo Sua Exª. o Comandante-Geral, por despacho de 1997-04-11, determinou que passasse a disciplinar contra seis elementos policiais, um subchefe e cinco Guardas, dado estarem indiciados da prática de actos que integram ilícito de natureza disciplinar" -, foram sendo sucessivamente renovados os pedidos de informação dirigidos por esta Provedoria à PSP.

3. Assim, em 22.10.97 obteve-se a identificação dos arguidos e dos respectivos processos, mediante recepção do ofício n.º 1997/DEDP 03525 (fotocópia em anexo).

4. Mais tarde, já no decurso do corrente ano, a Provedoria de Justiça apurou, através de contacto informal com a DEDP, que as acusações constantes dos processos se revestem de apreciável gravidade. De facto, à excepção do Processo n.º 1997/DIS/00298, com proposta de arquivamento, todos os restantes contêm proposta de punição disciplinar: pena de suspensão nos Procs. n.ºs. 1997/DIS/00294, 1997/DIS/00295, 1997/DIS/00296 e 1997/DIS/00297, e pena de expulsão no Proc. n.º 1996/DIS/01843.

5. O procedimento disciplinar, conforme V. Exa. bem saberá, caracteriza-se pela informalidade e celeridade. Neste sentido, dispõe o artigo 60º do Regulamento Disciplinar da Polícia de Segurança Pública, aprovado pela Lei n.º 7/90, de 20 de Fevereiro, que "o processo disciplinar é de investigação sumária e tem por objecto o apuramento dos factos, não admitindo diligências inúteis ou expedientes dilatórios".

6. Com efeito, o artigo 45º, n.º 1, do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro, aplicável aos processos disciplinares instruídos na PSP por força do disposto no artigo 66º do respectivo Regulamento Disciplinar, prevê que a instrução do processo disciplinar não deve exceder o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. [32]

7. Ora, mesmo sabendo que a lei admite a possibilidade de aquele prazo ser

[32] "A instrução do processo deve iniciar-se no prazo máximo de 10 dias, contados da data da notificação ao instrutor do despacho que o mandou instaurar, e ultimar-se no prazo de 45 dias, só podendo ser excedido este prazo por despacho da entidade que o mandou instaurar, sob proposta fundamentada do instrutor, nos casos de excepcional complexidade" (sublinhados nossos).

prorrogado, caso a entidade competente para a decisão entenda que devem ser realizadas novas diligências (artigo 88º, n.º 1, da Lei n.º 7/90, de 20 de Fevereiro), a verdade é que, tendo sido o processo de averiguações inicialmente instaurado convertido em disciplinar em 11.04.97, verifica-se que este se encontra em curso há sensivelmente um ano e meio, sendo que estará na DEDP da PSP, a fim de ser analisado e decidido, pelo menos desde 29.01.1998 (cf. ofício n.º 1998DED 00261, em anexo); prazos que não podem deixar de ser considerados excessivos e injustificados, tendo em conta a natureza do procedimento disciplinar e os dispositivos legais supra mencionados.

8. Por último, o facto de existirem, há bastante tempo, suspeitas graves sobre a conduta de uma série de agentes, todos pertencentes ao mesmo Comando de Polícia, é susceptível de perturbar o regular funcionamento daquele, com possíveis prejuízos para a PSP e os cidadãos.

II

Nestes termos, não posso deixar de chamar a atenção de V. Exa. para a situação, conforme estou certo que compreenderá, e em consequência,

Recomendo

a V. Exa., no uso dos poderes que me são conferidos pelos artigos 23º, n.º 1, da Constituição da República e 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que se digne adoptar as medidas administrativas úteis e necessárias por forma a ser proferida decisão nos processos disciplinares em causa com a urgência requerida.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Comandante-Geral da Polícia de Segurança Pública

P-15/98
Rec. n.º 63/A/98
1998.10.21

1. Como é já do conhecimento de V. Exa., em 30.07.98 determinei, ao abrigo do disposto no artigo 24º, n.º 1, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprovou o Estatuto do provedor de justiça, a abertura de um processo destinado a apreciar os factos noticiados nos jornais "Semanário" de 25.07.98 e "O Público" de 30.07.98 (fotocópias em anexo), que davam conta da existência de uma circular da PSP na qual se referia o

seguinte:

"Nas últimas duas semanas, tem-se verificado um aumento anormal de roubos a taxistas, no bairro da Pedreira dos Húngaros, em Linda-a-Velha e nas ruas contíguas, praticados pelos próprios passageiros, todos eles negros, que, não só não pagam a corrida, como também roubam o dinheiro que aqueles possuem.

Por desconhecimento ou por excesso de confiança, alguns taxistas transportam passageiros negros, de diversas zonas de Lisboa, para o interior do referido bairro, a qualquer hora do dia ou da noite. O resultado é previsível.

A solução deste problema reside no facto de, sempre que qualquer taxista transportar indivíduos negros, independentemente da hora, para o bairro da Pedreira dos Húngaros ou ruas adjacentes, deverá passar primeiro pela Esquadra de Miraflores, para os passageiros serem identificados e ou, eventualmente serem acompanhados ao local.

Assim, solicito a V. Exa. que sejam tomadas medidas no sentido de este facto ser comunicado à Associação da classe, por forma a que os taxistas da área de Lisboa sejam informados."

2. Em 06.08.98 foram solicitados esclarecimentos a V. Exa. em cumprimento do dever de audição prévia consagrado no artigo 34º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril. Mais precisamente, questionou-se V. Exa. a respeito das "eventuais medidas adoptadas pela hierarquia da PSP (...), designadamente no que concerne ao apuramento de eventuais responsabilidades dos agentes intervenientes" (cf. ofício n.º 13675, de 06.08.98).

3. Respondeu V. Exa., aliás prontamente, através do ofício n.º 1998DED 02831, de 28.08.98, da Direcção de Ética e Disciplina Policial da PSP, no qual se referia que "a sua posição é a de obstar, na medida do que lhe for possível, a que a PSP produza tais documentos, pelo que, imediatamente após ter tomado conhecimento dos factos e pela urgência que o caso requeria, deu ordem verbalmente ao Exmº. Comandante do Comando Metropolitano de Lisboa para que ficasse sem efeito o documento em apreço, do que também foi dado conhecimento à ANTRAL e à IGAI (...)".

4. Como é evidente, não posso deixar de me congratular com o teor da resposta de V. Exa., na medida em que a mesma revela que a legalidade foi prontamente reposta, como se impunha, e que é firme propósito de V. Exa. banir da PSP este tipo de comportamentos, claramente racistas e, como tal, contrários aos princípios norteadores de um estado de direito democrático baseado no pluralismo e

na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais.

5. Com efeito, é inquestionável que a circular acima transcrita comporta uma discriminação em função da raça, terminantemente proibida pelo artigo 13º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa: *todos* os passageiros de raça negra - e só aqueles - que se dirijam de táxi à Pedreira dos Húngaros passam automaticamente a ser suspeitos e, como tal, devem ser identificados e/ou sujeitos a escolta policial.

6. Ora, ainda que o autor ou autores do documento em causa não se tivessem apercebido da discriminação, claramente abusiva, que o mesmo comportava, o que só por mera hipótese se admite, não podiam ou não deviam desconhecer que, nos termos da lei, a identificação dos cidadãos só é possível em determinadas circunstâncias, que não estavam preenchidas no caso em apreço. Na verdade, nos termos do artigo 250º, n.º 1, do Código de Processo Penal, na versão em vigor à data dos factos, "os órgãos de polícia criminal podem proceder à identificação de pessoas encontradas em lugares abertos ao público habitualmente frequentados por delinquentes", dispondo o artigo 1º, n.º 1, da Lei n.º 5/95, de 21 de Fevereiro, que "os agentes das forças ou serviços de segurança a que se refere a Lei n.º 20/87, de 12 de Junho, no artigo 14º, n.º 2, alíneas a), c), d) e e), podem exigir a identificação de qualquer pessoa que se encontre ou circule em lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial, sempre que sobre a mesma pessoa existam fundadas suspeitas da prática de crimes contra a vida e a integridade das pessoas, a paz e a humanidade, a ordem democrática, os valores e interesses da vida em sociedade e o Estado ou tenha penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional ou contra a qual penda processo de extradição ou de expulsão".

7. Da documentação coligida pela Provedoria de Justiça resulta que a circular acima transcrita foi elaborada em 03.06.98 pelo Senhor Comandante da Esquadra da PSP de Miraflores e que posteriormente foi comunicada à ANTRAL, por determinação do Senhor Comandante da Divisão de Oeiras, que em 04.06.98 nela terá aposto o seguinte despacho: "Comunique-se à ANTRAL".

8. Atento o exposto, há fortes indícios de que a actuação dos dois agentes mencionados, com especial destaque, claro está, para a do autor do documento, constituiu uma violação do dever de zelo a que ambos estão obrigados por força do disposto no artigo 9º do Regulamento Disciplinar da PSP, aprovado pela Lei n.º 7/90, de 20 de Fevereiro, susceptível, como tal, de procedimento disciplinar, nos termos do artigo 20º, n.º 2, do citado Regulamento: "os factos a que possa corresponder pena serão sempre averiguados em processo disciplinar, sem prejuízo do disposto no artigo 61º"(sublinhados nossos).

Deste modo,

Recomendo

a V. Exa., ao abrigo dos poderes que me são conferidos pelos artigos 23º, n.º 1, da Constituição da República e 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que, com urgência, atento o prazo de prescrição do procedimento disciplinar constante do artigo 55º, n.º 3, da Lei n.º 7/90, de 20 de Fevereiro, se digne ordenar a instauração de procedimento disciplinar contra o Senhor Comandante da Esquadra de Miraflores e o Senhor Comandante da Divisão de Oeiras da PSP.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
General Comandante-Geral da Guarda Nacional Republicana
C/c
A
Sua Excelência
o Ministro da Administração Interna

P-19/98
Rec. n.º 64/A/98
1998.10.19

Por despacho de 16 de Setembro de 1998, determinei a abertura de um inquérito, nos termos do disposto nos artigos 21º, n.º 1, alínea b), e 24º, n.º 1, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprovou o Estatuto do provedor de justiça, às circunstâncias que rodearam a intervenção da Guarda Nacional Republicana no dia 15 de Setembro do corrente ano, em Ourique.

Estando o referido inquérito concluído, dele venho dar conhecimento a V. Exa., bem como das recomendações que entendi dever formular a respeito do assunto.

A Guarda Nacional Republicana (GNR) mobilizou um significativo dispositivo - material e humano - para a manifestação de agricultores que decorreu em Ourique, no Alentejo, no passado mês de Setembro.

No dia 15 de Setembro p.p., aquando dos incidentes que motivaram a instauração do presente inquérito, os quais ocorreram poucos minutos antes da meia noite, encontravam-se em Ourique, de acordo com o testemunho prestado à Provedoria de Justiça pelo Coronel Hernâni dos Anjos Moás, Comandante da Brigada Territorial n.º 3 da GNR e das forças para ali destacadas, entre duzentos e cinquenta e trezentos elementos da GNR, dos quais sessenta pertenciam ao Batalhão Operacional, conforme depoimento igualmente prestado neste Órgão do Estado pelo Comandante da 5ª Companhia daquele Batalhão, Capitão João Carlos Meirim Bento. Não foi possível apurar, com suficiente precisão, o número de manifestantes, dado que os testemunhos a esse respeito recolhidos pela Provedoria de Justiça são muito divergentes.

Era missão da GNR garantir a tranquilidade e ordem públicas e, muito especialmente, manter a liberdade de circulação no Itinerário Principal n.º 1 (IP 1), que liga Lisboa ao Algarve.

Até cerca das 24 horas do dia 15 não se registaram incidentes dignos de registo entre os manifestantes e as forças policiais. É então que um conjunto de cinco ou seis tractores que se encontravam no local destinado à manifestação avançou em

direcção ao IP 1. Registe-se, a este propósito, que durante todo o dia não foi permitida a passagem de tractores para o referido Itinerário, só tendo sido admitida a passagem de veículos ligeiros e de pequenas carrinhas.

Face ao avanço dos tractores, o Comandante da Companhia reforçou o dispositivo que se encontrava a impedir o acesso ao IP1 e, mediante o uso de megafone, ordenou que os tractores sustivessem a sua marcha e recuassem. Ainda assim, três dos tractores continuaram a avançar, pelo que foram repetidos os avisos anteriormente feitos e dispostas três viaturas da GNR na retaguarda do dispositivo policial por forma a vedar completamente o acesso ao IP1.

Porém, não só os tractores não sustiveram a marcha, como o seu avanço foi acompanhado do arremesso de pedras e garrafas em direcção à força policial. Este facto, que foi sempre negado pela totalidade dos manifestantes ouvidos pela Provedoria de Justiça, foi particularmente realçado pelo Senhor Capitão Bento e pelo Senhor Capitão Jorge Manuel Gaspar Esteves, Comandante do Destacamento Territorial de Fronteira e das forças que se encontravam em Ourique, aquando dos incidentes, dada a ausência momentânea do Coronel Moás. Foi ainda testemunhado por um jornalista de uma estação de rádio que presenciou os acontecimentos e que disponibilizou à Provedoria de Justiça uma gravação audio, na qual é perfeitamente perceptível a referência ao arremesso de pedras durante o avanço dos tractores. De igual modo, são perceptíveis naquela gravação os gritos de incitamento dos manifestantes que acompanharam o avanço dos tractores.

É, pois, inquestionável, que a marcha dos tractores, acompanhada de um número indefinido de populares, na direcção do IP 1 e da força da GNR que ali se encontrava, constituiu uma acção perturbadora da ordem e tranquilidade públicas.

Perante tais factos, e de acordo com o testemunho do Senhor Comandante da Companhia Operacional, foi por ele feito uso da sirene do megafone e lido o seguinte aviso, que se encontra colado ao megafone: "cidadãos ordeiros dispersem, vai ser feito o uso da força, a desobediência constitui crime, artigo 304º do Código Penal, têm um minuto para dispersar."

Afirmam os ocupantes dos tractores ouvidos pela Provedoria de Justiça que na altura não se aperceberam de quaisquer avisos no sentido de susterem a sua marcha, dado o barulho provocado pelos motores dos tractores. Embora tal facto seja admitido pelos demais depoentes, incluindo os comandantes da GNR ouvidos nesta Provedoria, a verdade é que estes últimos não admitem a hipótese de, ainda assim, os condutores

não se terem apercebido da ordem para parar. É que, dada a disposição e actuação dos elementos da Companhia Operacional da GNR, era por demais evidente que jamais seria permitido aos manifestantes o avanço na direcção do IP1.

Nas imagens facultadas pelas estações de televisão a esta Provedoria é perfeitamente visível o uso do megafone por parte do Senhor Capitão Bento, embora não sejam perceptíveis as suas palavras.

Ora, a verdade é que não há quaisquer elementos objectivos que levem a Provedoria de Justiça a duvidar da existência do aviso acima transcrito. De facto, nunca a existência dos vários avisos foi negada, inclusivamente por parte dos manifestantes que prestaram depoimento no âmbito deste inquérito, os quais se limitaram a dizer que não os ouviram. Bem pelo contrário, para além de ter sido um aspecto insistentemente referido pelos oficiais da GNR que prestaram depoimento, foi confirmado nesta Provedoria por um jornalista que presenciou os acontecimentos.

Deve, assim, considerar-se que o avanço da primeira linha da Companhia Operacional da GNR, constituída por cerca de trinta homens, foi precedido de vários avisos dirigidos aos manifestantes e que terá sido adoptado como medida de recurso face à situação por estes criada.

De acordo com o depoimento do Senhor Capitão Bento, este terá mesmo temido pela integridade física dos homens que comandava, dada a grande proximidade de um dos tractores, adiantado em relação aos restantes, e o ambiente de euforia generalizada que reinava entre os manifestantes. Referiu, aliás, que embora não tendo ficado ferido, foi pisado pela roda de um tractor, logo após ter ordenado o avanço da Companhia e que, em seu entender, este não constituiu uma carga, tendo em conta que o objectivo era somente o de isolar os tractores e respectivos acompanhantes por forma a proceder à sua detenção e posterior reposição da ordem pública, como efectivamente veio a suceder.

Na sequência da acção policial descrita vieram a ser detidos cinco indivíduos: os três condutores dos tractores e outros dois que os acompanhavam. De entre os detidos - todos ouvidos pela Provedoria de Justiça no âmbito do presente inquérito - apenas dois referem ter sido agredidos aquando da detenção.

Os elementos da GNR ouvidos pela Provedoria de Justiça não se aperceberam, na altura dos acontecimentos, de quaisquer agressões e, a esse respeito, o Senhor Capitão Bento afirmou, peremptoriamente, que os militares só usam o bastão mediante ordem sua nesse sentido e que, ainda assim, teve o cuidado de reafirmar na altura, através do megafone, que ninguém estava autorizado a dar bastonadas. Por forma a comprovar esta afirmação, exibiu imagens filmadas durante o incidente por

um elemento da GNR - para efeitos de instrução e contraprova, segundo explicou -, nas quais é efectivamente perceptível tal ordem: "não há bastonadas".

Nenhum dos detidos se apercebeu da existência de feridos, quer entre os manifestantes, quer entre a força policial. Todos, à excepção de um, foram algemados, depois de já estarem imobilizados, e assim permaneceram durante cerca de três horas no interior de viaturas da GNR até serem conduzidos ao Posto de Ourique. Pelo facto de se encontrarem algemados, não lhes foi possível beber água nem urinar. De igual modo, não puderam fazer uso dos telemóveis que possuíam, não lhes tendo sido sequer permitido receber chamadas. Estes factos foram enfatizados pela maioria dos detidos, constituindo, para além das agressões, as únicas razões de queixa relativamente à actuação da GNR.

Resulta da generalidade dos depoimentos prestados, quer pelos detidos, quer pelos oficiais da GNR, e das próprias imagens recolhidas pelas estações de televisão que a maioria dos detidos não resistiu à detenção.

II

A actividade policial está devidamente enquadrada pela Constituição e pela Lei.

Dispõe o artigo 272º, n.º 1, da Constituição da República que a polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, especificando o n.º 2 do mesmo preceito que as medidas de polícia estão previstas na lei e não podem ser utilizadas para além do estritamente necessário. O que significa, como expressamente refere o n.º 3, que todas as medidas adoptadas pela polícia em matéria de prevenção da criminalidade devem respeitar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 231/93, de 26 de Junho, que aprovou a Lei Orgânica da GNR, dispõe no seu artigo 2º que "a Guarda tem por missão geral garantir, no âmbito da sua responsabilidade, a manutenção da ordem pública, assegurando o exercício dos direitos, liberdades e garantias". Neste sentido, prescreve o artigo 30º, n.º 1, do Decreto-Lei citado, que "nos termos e limites da lei, os militares da Guarda podem fazer uso dos meios coercivos de que dispõem nas circunstâncias seguintes:

a) Para repelir uma agressão iminente ou em execução, em defesa própria ou de terceiros:

b) Para vencer a resistência violenta à execução de um serviço no exercício das suas funções e manter o princípio da autoridade, depois de ter feito aos resistentes intimação de obediência e após esgotados outros meios para o conseguir.

Prevê ainda o n.º 2 deste último preceito que "a resistência e desobediência aos militares da Guarda, de qualquer graduação, no exercício das suas funções sujeita o infractor às penas previstas na lei para os que resistem e desobedecem aos mandatos legítimos da autoridade".

Conforme já tive oportunidade de referir noutra ocasião[33], "parece poder retirar-se dos preceitos constitucionais e legais citados um conjunto de asserções que poderão resumir-se da seguinte forma:

A lei - entendida em sentido amplo e englobando o texto constitucional - é o fundamento, o limite e o critério da actuação da polícia.

A polícia deve, no quadro da sua missão, respeitar os direitos dos cidadãos individualmente considerados.

As medidas de polícia devem obedecer aos requisitos da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade. Reafirma-se aqui o princípio constitucional fundamental em matéria de actos públicos potencialmente lesivos de direitos fundamentais e que consiste em que eles só devem ir até onde seja imprescindível para se assegurar o interesse público em causa, sacrificando no mínimo os direitos dos cidadãos.

Daqui se infere a exigência da adequação entre os meios a empregar e o fim tido em vista e a proibição de utilização de medidas gravosas quando medidas mais brandas se revelem suficientes.

Daqui se retira, igualmente, a permissão do uso da força como meio preventivo ou defensivo e sua consequente proibição quando tal uso assumir um carácter punitivo.

Com efeito, à polícia caberá, essencialmente, a garantia da ordem e da segurança públicas através de medidas de natureza preventiva, reservando a Constituição e a lei a outras entidades as missões que revistam um carácter sancionatório.

A polícia deve actuar sobre os perturbadores da ordem e não sobre aqueles que legitimamente se situem no exercício dos seus direitos. Relativamente a estes, a actuação da polícia que se concretize através da utilização de meios coercivos não encontra justificação fáctica ou legal.

A polícia deve adaptar a utilização dos meios que a lei lhe confere às situações concretas que se lhe deparem no quadro da sua actuação. No respeito dos critérios da necessidade, da proporcionalidade, e da subsidiariedade atrás referidos, é obrigação

[33] Recomendação n.º 38/A/96, dirigida em 05.03.96 a Sua Excelência o Ministro da Administração Interna."

da polícia proceder, em cada momento, à escolha das formas de intervenção mais adequadas à danosidade dos comportamentos objecto da sua reacção".

Desta forma, não pode a lei, como é evidente, deixar de conter os necessários mecanismos em matéria de prevenção e repressão dos comportamentos que, por qualquer forma, desrespeitem as regras e princípios enunciados. Assim se compreende o disposto no artigo 77º do Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril (Regulamento de Disciplina Militar), segundo o qual "o processo disciplinar é obrigatório e imediatamente instaurado, por decisão dos chefes, quando estes tenham conhecimento de factos que possam implicar a responsabilidade disciplinar dos seus subordinados ".

Por outro lado, prevê a lei a possibilidade de o infractor ser suspenso das suas funções, total ou parcialmente, enquanto aguarda o decurso do processo, nos casos em que esteja em causa uma infracção grave (artigo 71º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho, que aprovou o Estatuto dos Militares da Guarda Nacional Republicana).

III

Os acontecimentos ocorridos em Ourique, no dia 15 de Setembro de 1998, verificaram-se no decurso de uma manifestação de agricultores, legalmente admissível, tendo em conta que o direito de manifestação goza de tutela constitucional.

Constata-se, porém, que em determinado momento, a conduta de alguns dos manifestantes consubstanciou, sem margem para dúvidas, um comportamento contrário à lei e susceptível de enquadramento penal.

Com efeito, não querendo tecer especiais comentários sobre o possível enquadramento penal da conduta em causa, tendo em conta que a mesma deverá ser apreciada pelo tribunal, a verdade é que constitui crime à luz do disposto nos artigos 304º e 348º do Código Penal desobedecer a uma ordem legítima da autoridade. De igual modo, é crime previsto e punido no artigo 290º do Código Penal atentar contra a segurança rodoviária, criando dessa forma perigo para a vida ou a integridade física de outrem.

Tratando-se, todos eles, de crimes puníveis com pena de prisão, estavam inegavelmente preenchidos os pressupostos para a detenção em flagrante delito, prevista no artigo 255º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

De facto, conforme já tive oportunidade de referir a propósito de idênticas

situações, "a verificação de ocorrências susceptíveis de censura penal e perturbadoras da ordem e tranquilidade públicas justifica plenamente a intervenção da polícia com o objectivo de repor a legalidade"[34].

Uma vez esgotadas as possibilidades de resolução pacífica do conflito, encontrava-se o Exmo. Senhor Comandante da Companhia Operacional da GNR autorizado a delinear e colocar em prática as formas de acção adequadas a garantir o restabelecimento da ordem e o cabal cumprimento da lei.

Porém, não sendo ilegítimo o uso da força nas circunstâncias que se acabam de descrever, o mesmo já não é permitido quando reveste o carácter de punição.

Das imagens difundidas pelas estações de televisão resulta, sem margem para dúvidas, que em dois momentos concretos um militar da GNR excedeu os poderes que lhe são conferidos pela lei e, em clara acção de desforço, desrespeitando a ordem de um superior, agrediu ao pontapé e à bastonada dois dos manifestantes.

Mais concretamente, refiro-me ao momento em que um dos ocupantes dos tractores é agredido na cabeça com um bastão e, quando já imobilizado no solo, é novamente agredido à bastonada nas pernas. O segundo momento, também perfeitamente visível nas imagens recolhidas pela TVI, consiste na agressão ao pontapé, de um outro manifestante, que se encontrava igualmente rodeado e imobilizado por vários elementos da Companhia Operacional da GNR. Em ambos os casos estamos na presença de uma actuação ilegítima, desnecessária e eticamente reprovável, merecedora da mais veemente censura.

A interpretação que faço destes acontecimentos foi, aliás, prontamente corroborada por todos os oficiais da GNR que tive oportunidade de ouvir e confrontar com as referidas imagens: Coronel Hernâni Moás, Capitão Jorge Manuel Esteves e Capitão João Carlos Bento. É meu dever, aliás, destacar o depoimento deste último, que não só admitiu o excesso do militar, que prontamente identificou como sendo o cabo n.º..., C..., como inclusivamente referiu que o censurou verbalmente, logo que teve conhecimento da sua actuação, ainda na noite do dia 15 de Setembro pp. e que comunicou ao Comandante de Batalhão que o cabo não mais participaria com ele em qualquer actuação relacionada com a manutenção da ordem pública. Trata-se, como é bom de ver, de atitude que prestigia a GNR e que, pela sua rectidão e frontalidade, não quero deixar de louvar.

A este respeito, informou ainda o Senhor Capitão Bento que não foi instaurado qualquer procedimento disciplinar pela GNR, considerando a existência de processos

[34] Recomendação cit.

em curso na Provedoria de Justiça e na Inspecção-Geral da Administração Interna.

Tendo em conta os elementos que me foi possível reunir no decurso deste inquérito, com destaque para os próprios depoimentos dos manifestantes que vieram a ser detidos pela GNR - relembro que só dois deles afirmaram ter sido agredidos - julgo ser possível concluir, com suficiente certeza, que para além das agressões perpetradas pelo militar já identificado não terão ocorrido quaisquer outras.

Nos termos do disposto no artigo 10º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril (Regulamento de Disciplina Militar) "todo o militar pode elogiar ou advertir os seus subordinados ou inferiores hierárquicos por qualquer acto por estes praticado que não deva ser recompensado ou punido nos termos deste Regulamento".

Trata-se de dispensar, nos casos menos relevantes ou gravosos, consoante se trate de acção merecedora de louvor ou de censura, os formalismos próprios dos respectivos procedimentos, permitindo a lei que o caso seja encerrado com o simples elogio ou advertência verbal.

No que diz respeito à conduta do cabo C..., tal não se revela possível, dada a gravidade da mesma, conforme estou certo que qualquer juízo isento admitirá, e como inequivocamente decorre da leitura conjugada dos artigos 10º e 77º do Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de Abril.

A utilização de algemas é uma medida que pode, em determinados casos, constituir uma humilhação desnecessária para os detidos - inocentes até prova em contrário -, pelo que deve ser utilizada com ponderação, à luz dos princípios atrás referidos, e apenas nos casos em que tal se revele indispensável à efectivação ou manutenção da detenção.

Em Conclusão

1. Na actuação da GNR verificou-se em dois momentos concretos, claramente identificados nas imagens difundidas pelas estações de televisão, que um elemento da GNR, posteriormente identificado no âmbito do presente inquérito, excedeu os deveres de contenção que a lei lhe impõe e, nitidamente em atitude de desforço, agrediu dois dos detidos à bastonada e ao pontapé.

2. Tal acção não suscitou, até à presente data, a instauração de qualquer procedimento disciplinar.

3. Era dispensável o recurso às algemas, pelo menos relativamente a alguns dos detidos, dado não terem oferecido resistência à detenção e, sobretudo, é muito

duvidosa a sua necessidade durante as cerca de três horas que permaneceram nas viaturas da GNR até serem conduzidos ao Posto de Ourique.

Deste modo, em face do exposto e ao abrigo dos poderes que me são conferidos pela Constituição e pela Lei,

Recomendo

a V. Exa. o seguinte:

A) Que determine a instauração de um processo disciplinar ao cabo n.º ..., e que, simultaneamente, seja o mesmo suspenso da totalidade das suas funções até conclusão do processo, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 71º do Decreto-Lei n.º 265/93, de 31 de Julho.

B) Que sejam difundidas instruções no seio da GNR no sentido de a utilização das algemas ser entendida como uma medida de último recurso que, como tal, só deve ser posta em prática nos casos em que tal se revele imprescindível à detenção dos suspeitos.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Director-Geral da Polícia Judiciária

C/c
A
Sua Excelência
o Procurador-Geral da República

Ao
Exmo. Senhor
Bastonário da Ordem dos Advogados

R-1372/96
Rec. n.º 69/A/98
1998.11.12

I

Reporto-me ao ofício de V. Exa. supra identificado, que muito agradeço, a propósito do qual entendo dever referir o seguinte:

1. No passado dia 16 de Abril de 1996 tive oportunidade de contactar V. Exa. a respeito de um incidente ocorrido, nesse mesmo dia, nas instalações da Direcção Central de Combate ao Banditismo (DCCB).

2. O assunto dizia respeito ao eventual comportamento incorrecto de elemento ou elementos daquela Direcção, relativamente ao Exmo. Senhor S... e seu advogado,

Exmo. Senhor Dr. M.... Facultou-me então V. Exa., aliás prontamente, relatório elaborado sobre os factos pela Exma. Senhora Inspectora-Coordenadora, Dr.ª Maria Alice Fernandes, e despacho nele proferido pelo Exmo. Senhor Director-Geral Adjunto, Dr. Orlando Romano (fotocópias em anexo).

3. Em face do referido relatório entendi dever solicitar a V. Exa. alguns esclarecimentos complementares, o que fiz nos termos do ofício n.º 9338, de 03.06.1996 (fotocópias em anexo).

4. Obtive resposta no dia 09.07.1996, através do ofício de V. Exa. supra identificado, que para os devidos efeitos aqui dou por integralmente reproduzido (fotocópia em anexo).

5. Tendo solicitado ao Exmo. Senhor Dr. M... que se pronunciasse sobre o teor das respostas de V. Exa., como não podia deixar de fazer, respondeu-me aquele, nos seguintes termos:

5.1. Não é verdade que tenha proferido quaisquer ameaças invocando o nome do provedor de justiça.

5.2. É falso que o Exmo. Senhor S... tenha sido livremente conduzido às instalações da Polícia Judiciária. Pelo contrário, encontrava-se ali contra sua vontade, "preso e bem preso, aliás há mais de oito horas", nas palavras do Senhor advogado.

5.3. Se assim não fosse, ter-lhe-ia sido permitido contactar com o seu advogado, o que não sucedeu.

5.4. Não só é falso que o Exmo. Senhor S... nunca tenha solicitado a presença de um advogado, como o fez logo no seu domicílio, aquando da busca que ali teve lugar.

5.5. O segurança já havia procedido à identificação, pelo que carece totalmente de sentido a afirmação segundo a qual a cédula profissional foi solicitada para tal efeito.

6. Com efeito, já antes o Exmo. Senhor Dr. M... me havia comunicado a sua indignação face aos acontecimentos descritos, sempre tendo feito notar que o seu cliente, e ele próprio, foram vítimas de uma actuação abusiva por parte de agentes dessa Polícia afectos à DCCB. No essencial, de acordo com o Exmo. Senhor advogado supra identificado, o seu cliente foi detido (no sentido em que foi conduzido a instalações policiais contra sua vontade) e sujeito a interrogatório, sem que lhe fosse permitido beneficiar da presença de advogado, apesar de solicitada.

7. Ora, muito embora V. Exa. se tenha prestado a contrariar tal versão (cfr. ofício n.º 650 SEC/DG, de 1996.07.04), a verdade é que me foram fornecidos elementos que me levam a supor que, efectivamente, o Exmo. Senhor S... não

compareceu nas instalações da Polícia Judiciária de livre vontade e que, ali tendo sido conduzido, requereu a presença de um advogado. Senão, vejamos.

8. No dia 16 de Abril de 1996 o Exmo. S... foi sujeito a uma busca domiciliária levada a cabo pela Polícia Judiciária no âmbito do Inquérito n.º 1690/93.4 PBCSC. Na sequência desta, foi conduzido às instalações da DCCB, onde terá sido sujeito a interrogatório, ali tendo permanecido quase todo o dia. Tais circunstâncias bastariam, a meu ver, para levantar sérias suspeitas quanto à alegada dispensa de advogado, e bem assim, quanto à comparência do supra identificado, de livre e espontânea vontade, nas instalações dessa Polícia. Sucede que o Exmo. Senhor Dr. M... fornece outros elementos, que importa considerar:

8.1. Ainda no seu domicílio e no decurso da busca, cerca das 8.30H, o Exmo. Senhor S... requereu a presença do seu advogado, através de contacto telefónico, que efectuou na presença dos agentes que procederam à busca. Aliás, tal iniciativa ter-lhe-á sido mesmo sugerida por aqueles, alegando a necessidade de poupar tempo.

8.2. O Exmo. Senhor Dr. M..., dado que se encontrava ausente, em Coruche, pediu a um colega, Exmo. Senhor Dr. V..., que se inteirasse da situação.

8.3. Assim, ainda da parte da manhã, este último deslocou-se às instalações da DCCB, onde não logrou obter qualquer informação a respeito do paradeiro do Exmo. Senhor S... .

8.4. Informado de tal facto, o Exmo. Senhor Dr. M... regressou a Lisboa, tendo-se deslocado pessoalmente às instalações da DCCB, sitas na Av.ª José Malhoa, cerca das 15H.

8.5. Ali chegado, interpelou o agente (segurança) que se encontrava na portaria, solicitando que o informasse se ali se encontrava o seu cliente, a que título, e que lhe fosse permitido contactar o mesmo.

8.6. O segurança respondeu-lhe que nada podia informar e chamou a atenção para o facto de aquele se tratar de um serviço especial, com regras especiais.

8.7. Tendo o Exmo. Senhor advogado solicitado a presença de um superior hierárquico, pediu-lhe o segurança a cédula profissional - recusando, por seu turno, identificar-se - e empregando uma postura extremamente agressiva: dizendo, nomeadamente, que se sentia ameaçado e que iria mover os necessários procedimentos legais contra o advogado.

8.8. Na impossibilidade de contactar o cliente, ou sequer obter informações sobre o seu paradeiro, telefonou o Exmo. Senhor Dr. M... para a Provedoria de Justiça.

8.9. Só após a realização do telefonema - presenciado pelos elementos da DCCB - foi então informado pela Exma. Senhora Inspectora-Coordenadora que, de facto, o Exmo. Senhor S... se encontrava naquelas instalações, mas que não tinha o direito de ser assistido por defensor porque estava a ser inquirido na qualidade de testemunha.

8.10. Tendo o Exmo. Senhor advogado feito notar que o seu cliente havia sido ali conduzido na sequência de busca domiciliária, razão pela qual a família supunha que estava preso, ripostou a Exma. Senhora Inspectora que se considerava ameaçada e que iria proceder contra o advogado, tendo dado instruções para que fosse identificado. O segurança respondeu que já o tinha feito, mas de imediato solicitou a cédula profissional, que guardou consigo.

9. No próprio dia da ocorrência, o Exmo. Senhor Dr. M... foi contactado pela Exma. Senhora Dr.ª M..., advogada, com escritório em Lisboa, na Av.ª António Augusto de Aguiar, que assistiu ao que se passou na DCCB e manifestou total disponibilidade para testemunhar a ocorrência.

10. Assim, tendo sido contactada pela Provedoria de Justiça, a Exma. Senhora advogada confirmou que, na verdade, os elementos da DCCB não atenderam o Exmo. Senhor Dr. M... com o respeito que lhe era devido. Não ouviu dizer que o cliente daquele estava a ser interrogado na qualidade de testemunha, nem assistiu à alegada apreensão da cédula profissional porque entretanto se ausentou. Afirma apenas que o colega não se exaltou por forma a justificar o tratamento a que foi sujeito na DCCB.

11. Conforme a Exma. Senhora Inspectora teve a preocupação de realçar no relatório supra mencionado, é verdade que o estatuto jurídico-penal do Exmo. Senhor S... não impunha a presença de um advogado, porquanto, embora sujeito a uma busca domiciliária e posterior interrogatório policial, não foi constituído arguido. Ou seja, admite-se que não estivesse em causa nenhuma das situações previstas no artigo 58º do Código de Processo Penal, o qual, como é sabido, enumera os casos em que é obrigatória a constituição de arguido. Sucede, porém, que o Exmo. Senhor S... foi "buscado", conforme informação dessa Polícia, pelo que não é admissível que estivesse a prestar declarações na qualidade de testemunha (se assim fosse, deveria ter sido previamente notificado, nos termos habituais). Sobre o Exmo. Senhor S... recaía, como é evidente, uma suspeita, pelo que lhe deveria ter sido facultado - a bem da defesa e da própria investigação - o acesso a um advogado. Quanto mais não fosse para que este pudesse informar o cliente a respeito do direito que lhe assistia de requerer a constituição como arguido, nos termos e para os efeitos do disposto artigo 59º, n.º 2, do Código de Processo Penal (partindo do princípio, claro está, que nunca, durante a

inquirição, esteve em causa a situação, diversa, prevista no n.º 1 do artigo 59º do mesmo Código).

12. De facto, a ausência de informação e consulta jurídicas pode comprometer seriamente a defesa e, como no presente caso se veio a revelar, é susceptível de constituir um factor de suspeita relativamente à própria investigação. Ora, assim como a lei não impunha, no caso em apreço, a necessária assistência de defensor, do mesmo modo não a afastava liminarmente, como parece ter sido interpretação da Exma. Senhora Inspectora-Coordenadora. Bem pelo contrário, dispõe o artigo 54º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 84/84, de 16 de Março, que "o mandato judicial, a representação e a assistência por advogado são sempre admissíveis e não podem ser impedidos perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para a defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processos de mera averiguação, ainda que administrativa, oficiosa ou de qualquer outra natureza" (sublinhados nossos).

13. O comando legal é lógico e de fácil compreensão: é sempre permitida a assistência por advogado, desde que haja expressa manifestação de vontade nesse sentido. Conforme refere Alfredo Gaspar, "A extrema latitude dos termos da lei - "perante qualquer jurisdição, autoridade ou entidade pública ou privada, nomeadamente para a defesa de direitos, patrocínio de relações jurídicas controvertidas, composição de interesses ou em processo de mera averiguação, ainda que administrativos, oficiosos ou de qualquer outra natureza " - só pode significar que o Advogado está legalmente autorizado a acompanhar o seu constituinte sempre que este precise da assistência dele: seja na esquadra da polícia, seja para inquirição como testemunha em instrução criminal; quer para prestar declarações em processo disciplinar, quer na assembleia geral da sociedade recreativa" ("Estatuto da Ordem dos Advogados", Jornal do Fundão Editora, p. 79).

14. Para além da eventual incorrecção da Exma. Senhora Inspectora supra identificada e do segurança da DCCB - passíveis, por si só, de configurar a prática de faltas disciplinares - é inequívoco que, no caso em apreço, não foi devidamente salvaguardado o direito ao patrocínio judiciário consagrado no artigo 20º, n.º 2, da Constituição da República.

Termos em que, sem necessidade de outras considerações, e fazendo uso dos poderes que me são conferidos pelo artigo 23º, n.º 1, da Constituição da República e

pelo artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

a V. Exa. que:

Difunda instruções pelos meios tidos por adequados com vista a evitar a ocorrência de situações semelhantes, fazendo notar a todos quantos prestam serviço na Polícia Judiciária, que em circunstância alguma a lei permite que seja vedado o acesso dos cidadãos a um advogado, desde que a sua presença seja solicitada.

Recomendação acatada

2.5.2. Resumos de processos anotados

R-1158/94

Assunto: Direitos fundamentais. Igualdade. Discriminação étnica.

Objecto: Buscas domiciliárias determinadas por razões étnicas.

Decisão: O processo foi arquivado, após chamada de atenção das entidades visadas.

Síntese:

1. Um cidadão queixou-se de que foi alvo de uma busca domiciliária pelo facto de ser cigano e que tal lhe causou grandes transtornos pessoais e profissionais, tendo em conta que vive numa cidade de província, onde uma actuação policial deste tipo implica, inevitavelmente, um sério atentado à reputação e ao bom nome.

2. No decurso da instrução do processo verificou-se que a busca teve por base um relatório elaborado pelo destacamento local da GNR no qual se pode ler o seguinte:

Ultimamente conclui-se que, na generalidade, os ciganos se afastaram do nomadismo e das actividades tradicionais para se dedicarem, alguns, a ocupações duvidosas ou de índole ilícita (...).

No interior e na periferia da cidade de ... têm-se fixado várias famílias de etnia cigana que sendo sedentárias, praticam migrações pontuais e/ou sazonais, induzidas pelas relações de parentesco, rituais festivos e religiosos e pelo desenvolvimento da sua actividade de feirantes e vendedores ambulantes.

Sendo um grupo pertencente a uma minoria étnica, nómada desde a sua origem com dialecto, rituais, usos, costumes e normas próprias, está fechado sobre si.

Poder-se-á afirmar que as famílias residentes nos locais em cima referidos vivem em condições sub-humanas e de promiscuidade, situação de instabilidade que gera o sentimento de marginalização, surgindo assim problemas de delinquência.

3. Em face do documento transcrito foram emitidos pela entidade judiciária competente mandados de busca domiciliária relativamente aos membros da comunidade cigana da cidade, independentemente do seu modo de vida e antecedentes criminais. Mais precisamente, foram realizadas buscas em habitações degradadas na periferia e, simultaneamente, em casas de habitação e estabelecimentos comerciais situados no centro da cidade. Ou seja, para além do cunho claramente discriminatório e xenófobo do relatório citado, concluiu o provedor de justiça estar na presença de um juízo de suspeição baseado, exclusivamente, na ideia preconcebida de que os ciganos, pelo seu *modus vivendi*, são potenciais delinquentes. Para tal conclusão contribuiu o facto de o processo judicial respectivo, que correu termos nos serviços do Ministério Público da comarca, ter sido arquivado, pouco tempo depois da realização das buscas, relativamente a todos os arguidos, dada a inexistência de indícios da prática de qualquer crime.

4. Sendo a acção descrita terminantemente proibida pelo princípio da igualdade

e pelos demais princípios norteadores de um Estado de direito democrático baseado no pluralismo e na garantia da efectivação dos direitos e liberdades fundamentais, o provedor de justiça sugeriu ao Comandante-Geral da G.N.R. a adopção das medidas adequadas a prevenir este tipo de situações e deu conhecimento do assunto ao Conselho Superior da Magistratura e ao Conselho Superior do Ministério Público. O primeiro dos Conselhos, embora partilhando idêntica posição, não deixaria de objectar que o assunto diz respeito a matéria da reserva dos tribunais.

R-2538/98

Assunto: Registo Civil. Transcrição de registo de casamento. Pensão de sobrevivência.

Objecto: Transcrição de registo de casamento celebrado em Angola para efeitos de atribuição de pensão de sobrevivência.

Decisão: Arquivamento do processo após transcrição do casamento na conservatória competente e atribuição da pensão de sobrevivência.

Síntese:

1. Foi solicitada a intervenção do provedor de justiça com vista a obter documentos comprovativos do registo de casamento, celebrado em 1960, em Angola, exigidos à reclamante, pela Caixa Geral de Aposentações, para efeitos de atribuição pensão de sobrevivência a que teria direito, desde a morte do marido, ocorrida em 1997.

A reclamante afirmava que o casamento tinha sido registado na competente conservatória angolana, não tendo sido efectuada, até à data, a sua transcrição em Portugal.

Por não dispor de qualquer documento que o comprovasse, havia solicitado, através do Ministério dos Negócios Estrangeiros, que lhe fosse enviada, pela Conservatória do Registo Civil de Capelongo, certidão comprovativa do registo do casamento em questão. Até à data da exposição, ainda não tinha sido obtida a certidão, receando a reclamante que tal não sucedesse durante o prazo estabelecido na lei para reclamar a pensão de sobrevivência com o pagamento desde a morte.

2. Contactado o Consulado-Geral de Portugal em Luanda, foi transmitido a esta Provedoria que não tinham obtido resposta aos diversos pedidos dirigidos à Conservatória do Registo Civil de Capelongo, sendo que, atendendo ao mau estado das vias de comunicação angolanas, se desconhecia se tal conservatória ainda existiria.

Após contactos com o Patriarcado de Lisboa, foi transmitido à reclamante pela Provedoria de Justiça que poderia requerer um processo de justificação de casamento junto da respectiva paróquia e que, caso o casamento viesse a ser justificado canonicamente em Portugal, seria possível a integração do registo, por transcrição, na Conservatória do Registo Civil competente.

3. O assento paroquial pretendido veio a ser lavrado. A Provedoria de Justiça, após obtenção da certidão do casamento católico, enviou para a Conservatória do Registo Civil competente a documentação necessária à integração do registo de casamento por transcrição, que havia sido entregue nestes serviços pela reclamante.

Foi registado o casamento e a sua dissolução por óbito em ambas as Conservatórias. Junto da Caixa Geral de Aposentações apurou-se que, tendo sido apresentados os documentos exigidos, o pagamento da pensão de sobrevivência havia sido autorizado, com efeitos desde a morte do marido da reclamante.

2.6.

Assuntos político-constitucionais e inspecções

2.6.1. Recomendações

A
Sua Excelência
o Ministro da Cultura

R-4052/98
Rec. n.º 12/B/98
1998.12.17

Recebi uma queixa a propósito da Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, diploma que visa regular o art. 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos.

Aduzindo diversos argumentos no sentido da eventual inconstitucionalidade daquela legislação, sustenta o reclamante que a Lei n.º 62/98 não contém, por ausência de regulamentação dos seus preceitos, os requisitos mínimos de segurança jurídica imprescindíveis ao respectivo cumprimento, estando desde logo, e por esse motivo, comprometida a efectiva aplicabilidade do diploma.

Esclareço que entendi dispensável o cumprimento do art.º 34.º da Lei 9/91, de 9 de Abril. Se a tutela efectiva do reclamante impunha a maior celeridade, julgo também que esta norma prevê o caso em que existem factos eventualmente controvertidos, mas já não quando esteja em causa a mera interpretação de normas jurídicas. Além disso, recebi cópia da informação 58/GDA/98, tão recente que me permiti presumir representar a opinião actual desse Ministério.

Apesar de se tratar de diploma legislativo emanado da Assembleia da República, dirijo-me a Vossa Excelência enquanto titular de pasta com particulares responsabilidades na sua execução e decisor político essencial no impulso para a sua eventual alteração.

Não contesto a bondade da opção legislativa pela criação da obrigação de pagamento da quantia adicional para benefício dos autores, editores, intérpretes e produtores, aliás consequência da opção já gizada no Código do Direito de Autor.

Julgo, no entanto, pertinente, sem prejuízo de futuramente tomar posição sobre a questão da constitucionalidade das normas que estabeleceram o processo de fixação e cobrança dessas quantias, adiantar que entendo que a Lei n.º 62/98 se mostra, nos termos em que está feita, inexequível por si mesma.

De facto, bastará uma simples leitura do diploma para se concluir que o núcleo essencial do diploma não é passível de ser satisfeito apenas pela aplicação dos preceitos dele constantes, carecendo de outras normas que o completem, por forma a dotá-lo de efectiva aplicabilidade.

Antes de mais, é razoável que seja conhecido, em concreto, o tipo de bens que se encontram sujeitos ao pagamento da quantia a que se refere o art. 2.º do diploma, sob pena de ninguém se entender neste domínio.

A formulação genérica prevista no mencionado normativo e consubstanciada na expressão *"todos e quaisquer"*, contende necessariamente com uma realidade associada a um universo de bens relativamente ao qual nem sempre se mostra possível aplicar de forma inequívoca o critério definido pelo legislador.

Alguns exemplos são adiantados pela reclamante, que questiona, na queixa apresentada, se "um ditafone, um atendedor de chamadas, uma camcorder, um offset, um aparelho de telefax, uma máquina de escrever, bem como o papel enquanto suporte" estarão abrangidos pela legislação.

O caso do papel é paradigmático. Enquanto suporte natural das fotocópias, deverá ele ser alvo da medida legislada ao mesmo título que o suporte de outras reproduções?

A ausência de uma definição rigorosa - que é passível de ser feita - da delimitação do âmbito de aplicação do dispositivo legal em causa, acarretará os riscos inerentes a uma interpretação e aplicação díspares do preceito, provocando desigualdades no tratamento designadamente dos consumidores.

A imprevisibilidade e a insegurança jurídica estarão inevitavelmente instaladas no seio de fabricantes, importadores e adquirentes de aparelhos e suportes eventualmente abrangidos por formulação tão ampla.

Não basta remeter para experiências similares em países estrangeiros, como fonte de dilucidação de dúvidas interpretativas. Sem prejuízo da sua importância no estudo das motivações legislativas, esse elemento histórico não é porventura decisivo, pelo menos inequívoco, no confronto com os outros elementos de interpretação. E, como Vossa excelência bem concordará, a actividade económica não deve ser gratuitamente eriçada de incertezas e imprecisões, mais do que a natureza dos factos e o interesse público exigem.

Questão idêntica se pode pôr a respeito da confusa formulação do art.º 3.º. Nomeadamente, confrontando os seus n.ºs 1 e 3, ficamos sem saber se a norma do n.º 3 é supletiva em relação ao n.º 1 ou pretende ter outro tipo de relação. De qualquer modo, permito-me alertar Vossa Excelência para o teor do artigo 112.º, n.º 6, da Constituição.

O mesmo se passa quanto à expressão *"preço de venda estabelecido pelos respectivos fabricantes e importadores"*, utilizada pelo n.º 3 do art.º 3.º da Lei, a qual originou, desde logo, a dúvida sobre se tal preço se reportaria aos preços constantes das tabelas de preços ou aos preços de venda efectivos. A diferença é naturalmente substancial.

A insuficiência do diploma é também notória quanto aos procedimentos indispensáveis para que as transacções possam beneficiar do regime de isenção previsto no art. 4.º da Lei. Apenas é dito que existe um regime de isenção e quais as entidades que, de forma genérica, poderão usufruir do mesmo. Todo o procedimento que lhe está inerente se encontra por definir. Uma forma de certificação que não oferecesse dúvidas a ninguém era aconselhável, para bem de todos os intervenientes.

A falta de regulamentação legal é igualmente sentida quanto aos acordos a que alude o art. 3.º, n.º 2. E ainda quanto aos mecanismos de cobrança da quantia, cuja previsão se reconduz ao art. 5.º.

Permito-me duvidar da bondade do diálogo instituído como fonte principal de toda esta figura tributária. E, sem dúvida alguma, não pode haver lugar a uma confiança cega no diálogo entre todos os intervenientes sobre factos passados, o que sucederia caso a pessoa colectiva prevista no art.º 6.º fosse, após a sua constituição, negociar, o que em si mesmo já é um critério de imprecisão e insegurança, os termos em que este tributo é devido, não em relação a transacções futuras, mas sim em relação a factos já ocorridos.

Neste particular, julgo particularmente inadmissível que se escreva, como o faz a informação do Ministério de Vossa Excelência acima citada, no seu n.º 5, 2.º parágrafo que, embora legalmente previsto, determinado pagamento possa ser afastado por acordo entre as partes. Ou bem que estamos perante relações entre privados, e aí o Estado não deve interferir, ou bem que estamos perante o cumprimento de uma obrigação imposta por lei, por razões, presume-se, de interesse público, cujo cumprimento não pode estar dependente da boa vontade das partes. Onde é que está a segurança da parte passiva dessa obrigação, no dia de hoje? Deverá

integrar na sua estrutura de custos essa despesa adicional ou deverá confiar na "curialidade" de uma pessoa colectiva ainda inexistente?

Em última análise, a Lei n.º 62/98 nunca será exequível sem a constituição, em concreto, desta pessoa colectiva. De facto, todo o procedimento de liquidação e cobrança resultará incompleto se as quantias não puderem ser entregues à entidade que procederá à respectiva gestão, não podendo, por natureza, ser celebrados os "acordos" em que esta lei é prolixa.

Mesmo que aquela venha a ser formalizada num futuro próximo, como adiantam o Ministério de que Vossa Excelência é titular e algumas notícias na comunicação social, ficarão por definir todos os aspectos supra mencionados.

A regulação do art. 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos é matéria delicada, que exige profunda reflexão, sendo que qualquer decisão neste domínio deverá passar por uma solução de equilíbrio entre os diversos interesses em causa, tendo em conta preocupações de proporcionalidade na afectação dos meios aos fins que se visa prosseguir.

Não creio, à partida, que tais princípios estejam devidamente salvaguardados na solução encontrada pelo legislador.

Por seu turno, a Lei n.º 62/98 suscita-me sérias dúvidas quanto à constitucionalidade de algumas das soluções nela consagradas, como o modo de fixação e o mecanismo de cobrança da quantia em causa, atenta a natureza desta, com ampla remissão para normas e procedimentos extra-legais.

De qualquer forma, e para já, visto que a legislação em vigor cria uma situação de profunda indefinição, incerteza e insegurança para os respectivos destinatários, inadmissível num Estado de Direito, considero que este aspecto é merecedor, no momento, de uma resposta pronta e eficaz.

A propósito do princípio geral da segurança jurídica, afirma J. J. Gomes Canotilho que "o princípio da determinabilidade das leis reconduz-se (...) a duas ideias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um acto legislativo (...) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (=densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; (2) constituir uma norma de actuação para a administração; (3) possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos".(in "Direito Constitucional

e Teoria da Constituição", pág. 251).

As queixas dos cidadãos que, na prática, estão obrigados a cumprir a lei, no caso conhecedores da realidade que a mesma visa regulamentar, e que sentem as dificuldades inerentes ao respectivo cumprimento ao ponto de o considerarem inviável - sendo manifesto que a legislação em causa não assegura de todo as exigências de precisão e determinabilidade dos actos normativos -, devem ser objecto de uma actuação expedita por parte de quem, num Estado de Direito, tem competência para conferir algum sentido útil ao princípio da segurança jurídica.

Reafirmo a Vossa Excelência o que escrevi no início. Não me merece reparo a decisão de instituir uma forma de remuneração análoga à pretendida pela legislação ora em apreço. Será contestável a sua concreta formulação legislativa e é-o decerto a forma bastante imprecisa e precipitada como se quer aplicá-la.

Se é natural que qualquer medida deste tipo, forçosamente, agrada a uns e desagrada a outros, é mister que a actuação reguladora dos poderes públicos se faça de modo a minimizar a conflituosidade e perturbação que provavelmente se possa fazer sentir.

Sem prejuízo de outro tipo de actuação, entendo que é obrigação do Estado reconhecer os limites de exigibilidade das leis que cria, contribuindo para a sua função primordial de prossecução da justiça.

A aproximação do fim do ano acarreta grande preocupação aos interessados, nomeadamente com a incerteza quanto à exigibilidade, em qualidade e quantidade, de qualquer adicional, com os efeitos perniciosos em termos contabilísticos e fiscais.

Assim, e ao abrigo do art. 20.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que as disposições contidas nos arts. 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 9.º da Lei n.º 62/98, de 1 de Setembro, sejam interpretadas no sentido de não serem aplicáveis até se mostrarem cumpridas, cumulativamente, a regulamentação de tais normativos, e a instituição, em concreto, da pessoa colectiva consignada no art. 6.º do diploma.

Recomendação sem resposta

Ao
Exm.º Senhor
Presidente da Junta de Freguesia de Pedroso

R-1737/98
Rec. n.º 60/A/98
Rec. n.º 61/A/98
1998.09.30

Recebi queixa relacionada com a utilização feita por esse órgão autárquico de determinados símbolos heráldicos, alegadamente em situação ilegal, bem como do uso da expressão "Vila de Pedroso" como denominação dessa freguesia.

Analisada a reclamação em causa, entendi ser a mesma procedente, em ambas as vertentes.

Não é pacífica a resposta à questão de saber-se se as freguesias tinham ou não, antes de 1991, direito ao uso de símbolos heráldicos. O despacho de 14 de Abril de 1930, bem como a Lei das Autarquias Locais (decreto-lei 100/84), até 1991, eram omissos a esse respeito. A opinião das várias Comissões de Coordenação Regionais que foram chamadas a pronunciar-se foi unanimemente negativa em relação à capacidade heráldica das freguesias (cfr. CABRAL, Manuel de Novais, "Do direito ao uso de brasão de armas, selo e bandeira pelas freguesias", *Armas e Troféus*, VI série, tomo I, 1987/88, pg. 205 e segs., em especial, pgs. 213 e 206, nota 1). Ainda que assim não fosse, tendo em conta o papel que a Constituição dá às freguesias enquanto autarquia local, nunca se poderia defender um procedimento menos rigoroso do que o existente à data para os municípios, sendo forçosa a sua aplicação por analogia. Esse procedimento, à data dos factos, repita-se, apenas consagrado para os municípios, impunham, *ex vi* art.º 39.º, n.º 2, r), da Lei das Autarquias Locais, na redacção dada pela Lei 25/85, de 12 de Agosto, não só a deliberação do órgão competente, a assembleia municipal, mas também a audição da Comissão de Heráldica da Associação dos Arqueólogos Portugueses.

Essa audição era um requisito obrigatório da deliberação do órgão autárquico competente. Não se tendo verificado, segundo informação colhida junto daquela Comissão, a deliberação em causa é sem dúvida ilegal, ainda que o não fosse por incidir sobre matéria de todo estranha às suas atribuições e competências.

De notar que o regime em causa foi alterado pela Lei 53/91, de 7 de Agosto, sendo certo que agora foram expressamente reconhecidos os direitos heráldicos da freguesia, desenvolvendo-se o regime de aprovação, mas continuando a declarar-se

expressamente a obrigatoriedade e vinculatividade do parecer da Comissão de Heráldica da Associação dos Arqueólogos Portugueses (art.ºs 4.º, n.º 1, a) e 19.º, n.º 2, da mesma lei).

Seja pela ausência de capacidade heráldica, seja pela preterição desse requisito legal, não posso deixar de concluir pela ilegalidade dos actuais símbolos heráldicos usados por esse órgão.

Do mesmo passo, não posso concordar com a designação que para essa freguesia tem vindo a ser utilizada de "Vila de Pedroso", nomeadamente na identificação desse órgão autárquico.

As categorias de vila ou de cidade são atribuídas pela Assembleia da República (art. 2.º da Lei 11/82, de 2 de Junho) a povoações e não a autarquias. Não há confusão possível entre freguesias, municípios e regiões administrativas, por um lado, e aglomerados populacionais que servem ou não de substrato territorial àquelas pessoas colectivas (veja-se, a título de exemplo, a vila de Caxias, lugar da freguesia de Paço d'Arcos, concelho de Oeiras). A lei 64/89, de 24 de Agosto, elevou a povoação de Pedroso a vila, não a freguesia que aí tem sede, sendo certo que o seu n.º 2 é perfeitamente inútil pois nenhum conflito podia haver com a elevação a vila de outra povoação, esta não sede de autarquia e correspondendo a território pertencente à freguesia de Pedroso. Assim, a elevação da povoação de Pedroso a vila não tem influência na nomenclatura da freguesia local que aí tem a sua sede, o mesmo é dizer, na nomenclatura dessa povoação-sede.

Nos termos da norma legal já citada, é à Assembleia da República que cabe alterar essa denominação se assim o entender, caso que não se verificou e não se verifica pela simples elevação da povoação-sede à categoria de vila ou cidade.

Deste modo, sempre se deverá referir a freguesia em causa pelo seu nome oficial de Pedroso, independentemente de a povoação do mesmo nome ser hoje vila e, quem sabe, amanhã cidade. De notar que são comparativamente raros os casos das vilas que integraram essa qualificação no seu nome, na totalidade, aliás, em período historicamente bastante recuado, sendo algumas delas hoje cidades (Vila Real ou Vila Nova de Gaia, por exemplo).

Assim, nos termos do art.º 20.º, n.º 1, a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A esse órgão autárquico, na pessoa de V.ª Ex.ª, que:

1) Cesse de imediato o uso dos símbolos heráldicos que até aqui vinha sucedendo,

pela sua manifesta ilegalidade;

2) Querendo, inicie o procedimento previsto no art.º da Lei 53/91, de 9 de Abril, de molde a possibilitar a assunção de simbologia heráldica própria de acordo com os procedimentos e termos legais.

3) Utilize sempre, quando se deva referir à freguesia e não à localidade, a designação oficial de "Pedroso", nomeadamente na denominação desse órgão autárquico.

Nesta data dirigi idêntica recomendação ao Exm.º Senhor Presidente da Assembleia de Freguesia.

Recomendação sem resposta

2.6.2. Pedidos de fiscalização da constitucionalidade

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R- 33/95

Assunto: Restrição de Direitos Fundamentais. Direitos dos Estrangeiros. Princípio de Equiparação. Princípio da Igualdade. Princípio da Proporcionalidade

O provedor de justiça, no uso da competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma contida no art.º 27.º do decreto-lei 268/92, de 28 de Novembro, por entender que esta norma viola o artigo 13.º da Constituição, nos termos e com os fundamentos que se seguem:

1. Através do Dec.-Lei 330/90, de 23 de Outubro foi aprovado o Código da Publicidade, que consagra o regime da actividade publicitária.

2. Este diploma, na secção III do seu capítulo II, enuncia as restrições ao objecto da publicidade, entre as quais se elenca a restrição à publicidade de jogos de fortuna e azar.

3. Dispõe o n.º 1 do art.º 21.º do mesmo código que "não podem ser objecto de publi-cidade os jogos de fortuna e azar enquanto objecto essencial da mensagem".

4. Porém, o n.º 2 do mesmo normativo exceptua a este regime restritivo a publicidade de "jogos promovidos pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa".

5.º A disciplina dos jogos de fortuna e azar e das modalidades afins é regulada pelo Decreto-Lei 422/89, de 2 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei 10/95, de 19 de Janeiro.

6. O regime jurídico das apostas mútuas hípicas é especialmente regulado através do decreto-lei 268/92, de 28 de Novembro, através do qual o Governo autorizou a "exploração de apostas mútuas com base nos resultados de corridas de cavalos, planas de obstáculos e de trote dentro e fora dos hipódromos onde se realizem" (cf. art.º 1.º).

7. Por força do art.º 27.º deste diploma, é concedido à publicidade de apostas

mútuas hípicas o "regime de excepção previsto no n.º 2 do art.º 21.º do decreto-lei 330/90", afastando-se, desta forma, a aplicação do regime geral restritivo da publicidade de jogos de fortuna ou azar imposto pelo Código da Publicidade.

8. Subsistem, assim, em paralelo, dois regimes diferenciados de publicidade de jogos de fortuna e azar; o regime geral, restritivo, que impõe que tais jogos não possam surgir como objecto essencial da mensagem publicitária, e o posterior regime, es-pecífico das apostas hípicas mútuas, que isenta a publicitação daquele jogo de fortuna e azar das restrições quanto ao objecto publicitado.

9. Importa, portanto, indagar qual a fundamentação material para tal diferenciação de regimes de publicidade, de forma compatível com o princípio da igualdade, segun-do critérios objectivos constitucionalmente relevantes.

10. O art.º 60.º da Constituição confere aos consumidores, entre outros, o direito à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos.

11. Direitos sistematicamente inseridos entre os direitos económicos, sociais e cultu-rais, revestindo a característica de direitos a acções do Estado, tendo o efeito de le-gitimar todas as medidas de intervenção pública necessárias para os implementar (cf. Canotilho, Gomes, e Moreira, Vital, Constituição da República portuguesa anotada, 3.º edição, pg. 323).

12. E o seu n.º 2 aquele preceito constitucional remete para a lei a disciplina da publi-cidade, não sem fixar a proibição de "todas as formas de publicidade oculta, indi-recta ou dolosa".

13. Desta forma, embora de modo pouco transparente, a Lei Fundamental conecta os direitos do consumidor com a actividade publicitária, facto que pode justificar, por parte do legislador, restrições ao objecto publicitado, tais como a restrição ou proi-bição à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e jogos de fortuna e azar (obra citada, pg. 324).

14. E se a Constituição impõe, directamente, restrições a certas formas de publicidade, tal não significa que o legislador esteja impossibilitado de criar outras restrições adicionais, respeitando, porém, as proibições constitucionalmente impostas.

15. Sublinha o preâmbulo do Código da Publicidade a importância dessa actividade como "motor do mercado", não sem "prever e considerar a definição de regras mí-nimas, cuja inexistência (...) permitiria, na prática, desvirtuar o próprio e intrínseco mérito da actividade publicitária", o que, numa perspectiva de direito do consumi-dor, se deverá entender como a necessidade de acautelar "o eventual papel negativo da publicidade, através da informação que veicula, na formação da vontade do con-sumidor" (Meirim, José Manuel, A Constituição e os Consumidores, RMP, 44,

1990).

16. Nessa esteira, a secção III do Capítulo II do Código da Publicidade enuncia as res-trições ao objecto da publicidade de bebidas alcoólicas (art.º 17.º), tabaco (art.º 18.º), tratamentos médicos e medicamentos (art.º 19.º), estabelecimentos de ensino (art.º 20) jogos de fortuna e azar (art.º 21.º), no intuito de promover através delas a defesa do consumidor, obstando a que campanhas publicitárias agressivas e pode-rosas (que caracterizam a publicidade nos dias de hoje) possam desencadear con-sumos impulsivos daqueles bens e serviços e tentando impedir a lesão do consumi-dor em áreas tão sensíveis como a saúde, a educação, património e interesses eco-nómicos.

17. No caso vertente do regime de restrições ao objecto da publicidade dos jogos de fortuna e azar, consagrado pelo art.º 21.º do Código da Publicidade, é claro que o intuito do legislador foi limitar o estímulo à sua prática gerado pela divulgação pu-blicitária, considerando os danos económicos e sociais decorrentes da prática com-pulsiva e reiterada de jogos de fortuna e azar, e cercear as tentativas irreflectidas de ganhos rápidos através de apostas consideráveis em tais jogos.

18. Encontradas as razões que sustentam a opção do legislador na definição do regime jurídico da publicidade de jogos de fortuna e azar, importa descortinar qual o fun-damento material do regime publicitário mais favorável das apostas mútuas hípi-cas.

19. Tal desigualdade de regime não residirá, por certo, na diversa natureza do jogo, porquanto as apostas mútuas hípicas constituem um jogo de fortuna e azar, con-forme resulta do regime do Dec.-Lei 422/89, de 2 de Dezembro, alterado pelo Dec.-Lei 10/95, de 19 de Janeiro, nomeadamente da definição do seu art.º 1.º.

20. Sendo certo que o regime das apostas mútuas hípicas é semelhante ao regime geral dos jogos de fortuna e azar, nomeadamente, quanto à concessão de exploração, à inspecção e fiscalização do Estado e às obrigações de investimento.

21. O n.º 1 do art.º 26.º do Dec.-Lei 268/92, determina a aplicação à exploração de apostas mútuas hípicas das normas contidas nos art.º 17.º, 18.º, 95.º, n.º 2, 107.º e 130.º do Dec.-Lei 422/89, reguladoras, respectivamente, do capital social das con-cessionárias, da utilidade pública e turística dos empreendimentos previstos no contrato de concessão, das competências da Inspecção-Geral de Jogos, e das in-fracções a deveres da concessionária.

22. Pese embora o silêncio do preâmbulo daquele diploma quanto aos

fundamentos concretos do regime da publicidade que vem consagrar, enuncia-se aí as razões que presidiram à criação do regime de exploração das apostas mútuas hípicas.

23. Realça o preâmbulo os "efeitos benéficos" para a "economia em geral" que resul-tam das corridas de cavalos "em termos de fomento de exportações, de emprego e de melhoria de oferta turística", considerando ser a sua organização "economica-mente inviável sem o apoio financeiro proporcionado pela exploração da aposta mútua".

24. Assim, através da exploração das apostas mútuas pretende-se viabilizar e sustentar a organização das corridas e também "obter receitas para o fomento da criação de cavalos, do desporto equestre e outras finalidades de interesse social".

25. Nestes termos, o objectivo da norma em questão parece ser o de fomentar uma am-pla divulgação das apostas mútuas hípicas, através da publicidade, com o objectivo de incentivar o consumidor a apostar nas corridas hípicas, de forma a aumentar as receitas do jogo, parte das quais reverterão a favor da realização dos supra enuncia-dos objectivos.

26. Porém, as razões económicas, de incremento do emprego e do turismo, não podem constituir fundamento material bastante para tal diferenciação legal porquanto tais vantagens decorrem igualmente da exploração de qualquer jogo de fortuna e azar, nomeadamente, dos jogos praticados em casinos, nos termos do n.º 1 do art.º 3.º do dec.-lei 422/89.

27. E sendo o lucro o escopo prosseguido pelas entidades exploradoras dos jogos de fortuna e azar, e constituindo as corridas de cavalos o objecto das apostas mútuas hípicas, é pacífico que a exploração destas sustente a sua organização, segundo as regras gerais da economia, não podendo, contudo, tal facto sustentar a diferencia-ção de regime de publicidade.

28. Tão-pouco o fomento da criação de cavalos, a promoção do desporto equestre e de outras finalidades de interesse social, não especificadas pelo legislador, poderão configurar tal justificação, uma vez que todas as entidades que exploram jogos de fortuna e azar estão vinculadas ao cumprimento de obrigações de diversa natureza ao Estado, como contrapartida da atribuição do direito de exploração do jogo (cf. art.º 9.º do Dec-Lei 422/89), o que sempre se traduz em benefícios para a comuni-dade e para todos os cidadãos.

29. Assim sendo, não se vislumbram razões materiais que possam, de forma objectiva e razoável, sustentar um tratamento legal da publicidade das apostas mútuas hípicas diverso e mais favorável do que aquele que é concedido aos restantes jogos de

for-tuna e azar.

30. Manifestamente não procedem aqui as razões de interesse público de ordem assis-tencial que justificam o regime mais benévolo para os jogos promovidos pelas Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

31. Por este motivo deve considerar-se em crise o princípio da igualdade de tratamento de situações não materialmente diferenciadas, mostrando-se simultaneamente per-mitida e proibida, sem fundamento bastante, a publicidade de jogos de fortuna e azar.

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare a inconstitucionalidade com força obri-gatória geral da norma contida no art.º 27.º do decre-to-lei 268/92, de 28 de Novembro, por violação do art.º 13.º, n.º 1, da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-2958/96
1998.07.10

Assunto: Carreira Docente. Aposentação. Obrigatoriedade de Exercício de Funções. Igualdade.

O provedor de justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma contida no n.º 3 do despacho 5/SEAE/97, de 10 de Fevereiro. Entende o provedor de justiça violar essa norma o princípio do Estado de Direito, na sua vertente da proibição do arbítrio, consagrado no art.º 2.º da Constituição, e o princípio da igualdade, recebido nos art.ºs 13.º e 266.º, n.º 2, da Lei Fundamental, pelas razões adiante aduzidas.

1. Em reclamação que me foi apresentada oportunamente, colocava-se em causa o não pagamento de qualquer remuneração adicional aos docentes que se aposentavam antes do final do ano lectivo mas que, por exigência do art.º 121.º do Estatuto da Carreira Docente (aprovado pelo decreto-lei 139/A/90, de 28 de Abril) permaneciam em serviço efectivo de funções até essa altura.

2. Considerando iníqua a situação criada, mais ainda por comparação da evolução do regime legislativo, formulei a minha recomendação n.º 2/94 (publicada no *Relatório do provedor de justiça à Assembleia da República-1994*, pg. 59 e segs.),

dirigida a Sua Excelência a Ministra da Educação.

3. Nela se defendia que na ausência de norma especial que afastasse a acumulação-regra do art.º 79.º do Estatuto de Aposentação (aprovado pelo decreto-lei 498/72, de 9 de Dezembro), seria esta a norma aplicável aos casos *sub judice*.

4. Apesar de a resposta do Ministério da Educação ser favorável, a resolução do problema esbarrou com o entendimento da Secretaria de Estado do Orçamento, mantendo argumentação contrária que já tinha expendido em 1992 e propondo a solução alternativa da feitura de legislação especificamente direccionada a resolver a situação criada.

5. Perante tal situação, considerei existir abertura para formular a Sua Excelência o Secretário de Estado do Orçamento a minha recomendação n.º 46/B/95 (publicada no *Relatório do provedor de justiça à Assembleia da República-1995*, pg. 192 e segs.), onde, admitindo-se a possibilidade de a interpretação governamental poder ser a correcta, isto é, o art.º 79.º do Estatuto da Aposentação não ser aplicável por ceder perante norma especial, alertava para a necessidade de se evitar um enriquecimento sem causa por parte do Estado, através da feitura de medida legislativa adequada a reconhecer o justo direito dos professores em causa à remuneração do seu trabalho, como aliás já tinha sido alvitrado nos pareceres internos da mesma Secretaria de Estado.

6. Sua Excelência a Secretária de Estado do Orçamento entendeu, não desmerecendo a justeza do recomendado, que o impulso legislativo devia caber ao Ministério da Educação.

7. Finalmente, Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa entendeu como necessário ouvir o parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República.

8. Este órgão consultivo pronunciou-se em 14 de Junho de 1996, através do parecer n.º 24/96, optando pela primeira solução por mim proposta, isto é, pela aplicabilidade do art.º 79.º do Estatuto de Aposentação.

9. Este parecer foi homologado por Sua Excelência o Secretário de Estado da Administração Educativa em 30 de Dezembro de 1996, nos termos e para os efeitos do art.º 40.º, n.º 1, da Lei 47/86, de 15 de Outubro, tornando-se interpretação oficial, vinculativa para os serviços públicos dependentes da direcção daquele membro do Governo.

10. Posteriormente, em 21 de Janeiro de 1997 foi assinado o despacho 5/SEAE/97, publicado no Diário da República, II série, de 10 de Fevereiro seguinte, que determinava nos seus n.ºs 1 e 2 a observância da doutrina do parecer, cumprindo-se

os trâmites procedimentais em vigor para os professores no activo.

11. No seu n.º 3, dispunha o mesmo despacho que a sua produção de efeitos apenas se reportava a 1 de Janeiro de 1997.

12. É a legitimidade desta limitação de efeitos que ora se coloca em crise perante o Tribunal Constitucional.

13. O efeito jurídico que se visa inequivocamente produzir com esta norma é o de limitar o efeito temporal do entendimento ora vinculativo para a administração, tornando-o aplicável apenas para as situações que se verifiquem após 1 de Janeiro de 1997, implicitamente indicando que entendimento diverso pode e deve ser seguido quanto às situações verificadas antes dessa data.

14. Estamos indubitavelmente perante a expressão geral e abstracta de um entendimento da administração: um conjunto de normas administrativas ou regulamento (cf. AMARAL, Diogo Freitas do, Direito Administrativo, vol. III, pg. 13).

15. No campo da fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade não há qualquer princípio da tipicidade de forma, ao contrário da fiscalização preventiva (art.º 278.º, n.º 1).

16. Isto, independentemente de a forma do acto em causa, o despacho simples, não ser uma forma típica de acto normativo.

17. Como tem sido definido pela jurisprudência desse Tribunal, há que atender a um conceito funcional de norma, caracterizada, no que ora interessa, pelas características de generalidade e abstracção, em imediata relação de desconformidade com a Constituição (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pg. 822).

18. Nem tão pouco se pode considerar existir um princípio de tipicidade da forma dos regulamentos, bastando, na distinção por vezes difícil com o acto administrativo atender ao seu conteúdo.

19. Tratando-se de um regulamento, recaem as suas normas sob a alçada do mecanismo previsto nos art.ºs 281.º e 282.º, integrando o conceito de norma jurídico-pública unanimemente considerado como pedra de toque para delimitação do objecto desse tipo de fiscalização (cf. MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo II, 3.ª ed., pg. 419, e CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pg. 825 e 826, do mesmo autor e de MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª ed., pg. 984).

20. Ao reconhecer como correcta uma interpretação da lei a partir de certo

momento, implicitamente reconhecendo-a como incorrecta, não aplicável ou menos adequada para o passado, não se tendo produzido qualquer alteração relevante na esfera legal, não pode deixar de se reconhecer a ilegalidade da norma ora em apreciação, ao traduzir-se num comando à administração para não aplicar a lei como se reconheceu, no n.º 1, que ela impõe.

21. Essa ilegalidade, como é sabido, não é das que está sujeita a arguição junto do Tribunal Constitucional.

22. Resta averiguar se, directamente, a norma em causa afronta o disposto na Constituição, já que só a chamada inconstitucionalidade directa releva para efeitos dos mecanismos previstos nos art.ºs 280.º e 281.º, no que toca a normas regulamentares.

23. Como se disse, a norma impugnada opera uma divisão entre as situações jurídicas dos vários professores que sofram os efeitos do art.º 121.º do Estatuto da Carreira Docente.

24. Reconhece-se a aplicabilidade do art.º 79.º aos casos em que tal se verifique, mas tão somente aqueles em que a aplicação da norma do Estatuto da Carreira Docente seja posterior a 1 de Janeiro de 1997.

25. Sem qualquer alteração da norma do Estatuto de Aposentação que o justifique, para todos os casos em que a aplicação do art.º 121.º do Estatuto da Carreira Docente foi anterior a 1 de Janeiro de 1997, nega-se a aplicabilidade do art.º 79.º do Estatuto da Aposentação.

26. Tal significa que duas situações materialmente idênticas, às quais, pela pura aplicação do art.º 121.º do Estatuto da Carreira Docente e do art.º 79.º do Estatuto da Aposentação teriam direito a receber certa remuneração, podem sofrer um tratamento pela administração pública perfeitamente inverso, caso os factos se tenham produzido antes da data mágica prevista na norma ora impugnada.

27. Dizemos data mágica, pois como se reconheceu na informação da Secretaria-Geral da Presidência do Conselho de Ministros que se junta em anexo, com despacho de concordância do Exm.º Senhor Secretário Geral da Presidência do Conselho, de Sua Excelência o Secretário de Estado da Presidência do Conselho e, finalmente, de Sua Excelência o Primeiro Ministro, foi fixada com "absoluta carência de fundamentação reportada a critérios objectivos", que no caso, aliás, apenas poderiam ser imposições derivadas de inexistente alteração do quadro legal aplicável.

28. Assim decidindo, ao arrepio de qualquer critério material constitucionalmente aceitável, a norma do n.º 3 do despacho 5/SEAE/97 viola o princípio da igualdade de tratamento, consagrado constitucionalmente como estruturador do quadro de direitos fundamentais no art.º 13.º, e imposto

especificamente como princípio estruturante de toda a actividade administrativa no art.º 266.º, n.º 2.

29. A igualdade dos cidadãos perante a lei compreende uma igual imposição de esta lhes ser aplicada de modo idêntico logo que caiam no seu âmbito subjectivo e objectivo (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., pg. 575)

30. Esse direito é afectado se a administração, unilateralmente, define quem considera como merecedores ou não da tutela legal sem qualquer base material e juridicamente sustentada, maxime quando o faz sem qualquer base, como é o caso presente.

31. Ao fazê-lo sem qualquer critério, mostra-se ainda violado o art.º 2.º da Constituição (princípio do Estado de Direito), na sua vertente da proibição do arbítrio.

32. Esta dimensão essencial do Estado de Direito que a Constituição consagra, intimamente ligada ao princípio da igualdade (CANOTILHO, J. J., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pg. 243), não é mais do que a afirmação de que estamos num "rule of Law and not of men", numa organização estadual em que não é a vontade do Príncipe que concede ou nega direitos, mas sim perante a construção de um edifício constituído essencialmente por normas dotadas de generalidade e abstracção, em suma num Estado que assume como essencial a garantia da juridicidade (CANOTILHO, J. J., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pg. 237).

33. Torna-se intolerável para quem vê reconhecido pela Administração que a um caso em tudo idêntico, de facto e de direito, ao seu, é aplicável certo normativo, verificar que é pela mesma Administração negada a sua pretensão por aplicação de uma norma sem qualquer base material, ainda que tenha remédios na ordem jurídica contra essa decisão injusta.

34. A igualdade de tratamento entre docentes a quem o art.º 121.º do Estatuto da Carreira Docente foi aplicado antes e depois de 1997 está posta em causa, perante o modo como a Administração procede à aplicação do art.º 79.º do Estatuto da Aposentação.

35. Duas pessoas que se dirijam hoje aos serviços competentes, tendo a ambas sido aplicado o art.º 121.º do Estatuto da Carreira Docente, uma no ano lectivo de 1995/96 e a outra em 1996/97, vêem uma a sua pretensão recusada e a outra aceite, não tendo a norma legal que justifica o acolhimento favorável desta última sofrido qualquer vicissitude na sua vigência durante o período.

36. O mesmo já foi reconhecido na informação da Secretaria Geral da

Presidência do Conselho de Ministros a que se fez referência, com a concordância inequívoca dos membros do Governo que a despacharam.

37. E é contra essa desigualdade injusta e repudiada constitucionalmente, contra o arbítrio que se concentra no n.º 3 do despacho 5/SEAE/97 que se vem ora reagir e pedir a intervenção correctora da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

38. Aproveitando as palavras de GOMES CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª ed., pg. 63), há que garantir "a protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça (especialmente por parte do Estado)".

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional, nos termos e para os efeitos dos art.ºs 281.º, n.º 2, d), e 282.º da Constituição, que aprecie e declare com força obrigatória geral a norma contida no n.º 3 do Despacho 5/SEAE/97, de 10 de Fevereiro, por violação do princípio do Estado de Direito, na sua vertente da proibição do arbítrio, consagrado no art.º 2.º da Constituição, e o princípio da igualdade, recebido nos art.º 13.º e 266.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-247/98
1998.03.18

Assunto: Pescadores. Pensões de Velhice. Restrição de Direitos, Liberdades e Garantias.

O provedor de justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma contida no artigo 10.º do decreto regulamentar 40/86, de 12 de Setembro. Entende o provedor de justiça violar essa norma os artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, b) da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1.º No seguimento do art.º 25.º, n.º 1, da Lei 28/84, de 14 de Agosto (Lei de Bases da Segurança Social), veio o Governo a aprovar o decreto regulamentar 40/86, adaptando o regime de protecção dos trabalhadores inscritos marítimos das pescas.

2.º No seu art.º 10.º, veio este diploma dispor que as pensões de reforma dos pescadores calculadas ao abrigo do mesmo não eram cumuláveis "com remunerações

auferidas, a qualquer título, por actividade exercida nas pescas."

3.º O enquadramento legal desta matéria é-nos dado pelo art.º 26.º, n.º 4, da Lei 28/84, de 14 de Agosto (Lei de Bases da Segurança Social), ao remeter para posterior desenvolvimento legislativo as condições em que as pensões de reforma são cumuláveis com rendimentos do trabalho.

4.º No seguimento dessa norma, primeiramente o decreto-lei 41/89, de 2 de Fevereiro, e depois o decreto-lei 321/93, de 25 de Setembro, na secção II do seu capítulo V, estabeleceram os critérios para decidir a multiplicidade de situações hipotéticas.

5.º Neste último diploma, a regra (cf. art.º 57.º) é claramente a da acumulação de rendimentos do trabalho com a percepção de pensões de invalidez ou velhice.

6.º O art.º 105.º, n.º 1, b), do mesmo diploma, manteve em vigor o esquema particular de pensões de invalidez e velhice dos inscritos marítimos profissionais de pesca.

7.º Poder-se-ia indagar da distinção operada entre os inscritos marítimos das pescas e os beneficiários dos demais sectores de actividade, sujeitos aqueles, neste particular, a um regime mais restritivo.

8.º Essa desigualdade de regimes resultaria em violação do princípio da igualdade, caso não se verificasse fundamento material bastante que, se não exigisse, pelo menos permitisse essa diferenciação como constitucionalmente aceite (cf. CANOTILHO, Gomes, e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª edição, pg. 128, e MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo IV, pg. 241).

9.º Julga-se poder existir esse fundamento material no conjunto de vantagens relativas que o esquema particular dos inscritos marítimos das pescas obtiveram com o decreto regulamentar 40/86, nomeadamente a nível de contagem de tempo de serviço e idade mínima para reforma, entre outros aspectos.

10.º Conforme salienta o preâmbulo do diploma em causa, as melhorias ao nível das pensões oscilaram entre 26,5% e 129,2%.

11.º Crê-se ainda estar materialmente justificado o objectivo da norma ora em apreciação pela necessidade de racionalizar, leia-se reduzir, o número de trabalhadores em actividade no sector das pescas, como consequência da participação, à data do diploma apenas começada, de Portugal na União Europeia.

12.º Note-se que só é proibida a acumulação de pensões com rendimentos do trabalho, o que inculca estar tal justificado pela necessidade invocada no diploma e

transcrita no n.º anterior.

13.º Não se vê, pois, razão para censurar, do ponto de vista do conteúdo, a norma contida no art.º 10.º do decreto regulamentar 40/86.

14.º Outro tanto não se dirá dos pontos de vista orgânico e formal.

15.º Em primeiro lugar, temos uma norma regulamentar que está a integrar (e, após a entrada em vigor dos decretos-lei 41/89, de 2 de Fevereiro, e 329/93, de 25 de Setembro, de algum modo a derrogar ilegalmente normas destes diplomas) com pretensa eficácia externa uma norma legislativa, qual seja a do art.º 26.º, n.º 4, da Lei 28/84.

16.º Não se pode dizer que se trata de mera regulamentação, já que a própria lei 28/84 expressou a necessidade de ser a lei - e não o regulamento - a determinar as condições de acumulação de pensões com rendimentos do trabalho, ainda que para um caso específico como o dos inscritos marítimos das pescas.

17.º A doutrina é unânime em proscrever a possibilidade de actos não legislativos interpretarem com eficácia externa normas constantes de actos legislativos, excluindo, obviamente, os casos constitucionalmente previstos.

18.º Essa proibição encontra arrimo no actual art.º 112.º, n.º 6, da Constituição, já vigente à data da aprovação do decreto regulamentar 40/86, enquanto art.º 115.º, n.º 5.

19.º De qualquer modo, não é por esta via que se suscita a actuação do Tribunal Constitucional.

20.º Em rigor a proibição do art.º 112.º, n.º 6, só se dirige estritamente aos actos legislativos, proibindo-lhes: 1) criar outras categorias de actos legislativos; 2) atribuir a actos de outra natureza a possibilidade de, com eficácia externa, produzirem os efeitos aí mencionados.

21.º Não é o que se passa aqui. Nenhuma norma legislativa autorizou a intervenção do poder regulamentar na alteração das suas próprias normas.

22.º Nestes termos, o que aqui se vislumbra é a contradição entre uma norma regulamentar e uma norma legal, conduzindo à ilegalidade daquela.

23.º Ilegalidade essa que, como é sabido, não é das que a Constituição confiou à apreciação do Tribunal Constitucional.

24.º Resta, pois, a justificar este pedido, a possibilidade de suscitar a existência de violações directas da Constituição, geradoras de vícios de inconstitucionalidade "*proprio sensu*".

25.º Apesar de, como se disse supra, não se entender o conteúdo da norma "*sub judicio* " como contrariando qualquer norma da Lei Fundamental, não se deixa

menos de considerar que estamos perante uma restrição de direitos fundamentais.

26.º A Constituição consagra, no seu art.º 47.º, n.º 1, a liberdade de escolha da profissão.

27.º Essa liberdade de escolha da profissão tem sido entendido como uma possibilidade de autodeterminação profissional, quer num momento inicial, na opção por determinado modo de vida, quer de um ponto de vista mais diuturno, no que toca ao exercício da mesma profissão (cf. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, pg. 261, e MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, pg. 408).

28.º Como afirma Jorge MIRANDA, *op. cit.*, pg. 409, "uma pressupõe a outra".

29.º Ora, ao prescrever-se a impossibilidade de acumulação da pensão de reforma com o rendimento do trabalho, a qualquer título, provindo das pescas, está-se a condicionar a liberdade de decisão dos pescadores reformados.

30.º Ou optam por não iniciar ou manter essa actividade, por receio de o ganho hipotético não compensar a perda do rendimento da pensão, ou optam por a iniciar ou manter, perdendo ao direito à pensão.

31.º Terceira alternativa, infelizmente sempre possível, é a manutenção de uma situação clandestina, eventualmente prejudicial para o próprio reformado-trabalhador, que, em situação fragilizada aceitará condições contratuais bastante mais penosas.

32.º De qualquer modo, e é isso que ora interessa, a possibilidade de o cidadão decidir livremente enveredar pela manutenção de uma determinada actividade está fortemente condicionada, *rectius* restringida, pela imposição de efeitos negativos para a sua esfera patrimonial por via da norma ora impugnada.

33.º A norma em causa corporiza, assim, uma restrição à liberdade de escolha e exercício de profissão, ao atribuir uma consequência bastante desfavorável à opção de manter ou iniciar uma actividade piscatória por parte dos inscritos marítimos das pescas reformados, qual seja a perda do recebimento da pensão e da segurança que esse rendimento certo proporciona.

34.º Pela sua inserção sistemática, a norma do art.º 47.º, n.º 1, beneficia do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, *ex vi* art.º 17.º, 1.ª parte.

35.º Nomeadamente, beneficia esta liberdade de uma protecção específica no que toca à possibilidade de ser restringida por actos infraconstitucionais, regime estabelecido no art.º 18.º, n.º 2 e 3.

36.º Não se contesta a possibilidade de restringir esta liberdade: o próprio art.º 47.º, n.º 1, excepciona as limitações que resultem da lei, fundamentadas que sejam no

interesse colectivo ou nas capacidades do próprio indivíduo (cf. MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, pg. 411).

37.º Não se contesta a razoabilidade ou admissibilidade da restrição em causa, face aos parâmetros materiais definidos no art.º 18.º, n.ºs 2 e 3.

38.º Considera-se, assim, além de existir autorização constitucional, que a restrição em causa está fundamentada em termos constitucionalmente adequados, que cumpre os requisitos da necessidade, proporcionalidade e adequação, que é geral e abstracta, sem carácter retroactivo e não ferindo o conteúdo essencial da liberdade em causa.

39.º O mesmo não se pode dizer do requisito implícito no mesmo n.º 2 do art.º 18.º, subentendido também no seu n.º 3, qual seja a exigência de forma específica para actos normativos restritivos de direitos, liberdades e garantias.

40.º Assim, como expressam as normas em causa, as restrições a direitos, liberdades e garantias devem obrigatoriamente constar de acto legislativo, isto remetendo, a priori, para a definição constante do art.º 112.º, n.º 1, e só ela (cfr. art.º 112.º, n.º 6).

41.º Mais ainda: por força do art.º 165.º, n.º 1, b), o acto legislativo em causa só pode ser uma lei da Assembleia da República ou decreto-lei do Governo devidamente precedido da necessária autorização legislativa.

42.º Nunca um mero decreto regulamentar, acto manifestamente emanado pelo Governo no uso da sua competência administrativa (cf. art.º 112.º, n.º 7, e 199.º, c), e não passível de possuir força de lei (art.º 112.º, n.º 6).

43.º Nunca o Governo, mesmo pelo seu acto legislativo típico - o decreto-lei, a menos que se dotasse previamente da legitimação parlamentar através da propositura e aprovação de uma lei de autorização legislativa adequada.

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma contida no art.º 10.º do decreto regulamentar 40/86, de 12 de Setembro, por violação dos art.ºs 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, b), da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-2317/98
1998.06.01

Assunto: Ensino da Condução. Acesso à Profissão. Restrição de Direitos, Liberdades e Garantias.

O provedor de justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas contidas nos artigos 21.º , n.º 1, 23.º, n.º 1, 25.º, n.ºs 2, 4 e 5, 26.º, n.ºs 1 e 3, b), 27.º, 31.º, n.º 2, 32.º, n.º 2, 34.º, 2.ª parte, e 36.º do decreto-lei 86/98, de 3 de Abril. Entende o provedor de justiça violarem essas normas as contidas no artigo 165.º, n.º 1, b), da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

1. O Decreto-Lei 86/98, de 3 de Abril, veio, como se enuncia no seu preâmbulo, rever a normação da actividade do ensino da condução, actividade de especial importância no quadro da melhoria das condições de segurança na circulação rodoviária.

2. Além da feitura de novas normas sobre a existência e funcionamento das escolas de condução (capítulos I, II, III e IV), únicas entidades a quem é permitido o ensino da condução (art.º 1.º, n.º 1), vem no capítulo V ocupar-se dos formadores, aí abrangendo os instrutores, subdirectores e directores das escolas de condução.

3. É fixado no art.º 21.º, n.º 1, o princípio de que o ensino da condução só pode ser ministrado por quem estiver legalmente habilitado para todas as modalidades (conceito que consta do art.º 6.º, n.º 2, a).

4. O art.º 23.º, n.º 1, cria impedimentos ao exercício da função de instrutor, seja por exercerem funções consideradas incompatíveis, seja pela aplicação de medida acessória contra-ordenacional.

5. De notar que estes impedimentos são verdadeiramente criados *ex novo*, ao contrário da inabilidade, para usar a epígrafe legal, constante do art.º 22.º, na qual, por remissão para o art.º 3.º, a) e b), apenas se menciona e dá cumprimento ao comando individual e concreto contido nas sentenças judiciais referidas nestas últimas normas.

6. O art.º 25.º, n.º 2, prevê a necessidade de um curso de formação e de um exame de admissão a estágio como condições primeiras da obtenção de uma licença

de instrutor, estando a aprovação num exame final fixada no n.º 4 do mesmo artigo.

7. O n.º 5 do mesmo artigo obriga periodicamente à frequência de cursos, com sujeição a exames, como condição de revalidação da licença de instrutor, considerando o n.º 8 como caducada a licença não revalidada.

8. O art.º 26.º, n.º 1, pune com o cancelamento da licença a infracção ao disposto em certas normas do mesmo diploma.

9. O art.º 27.º possibilita à administração a sujeição dos instrutores a exames médicos, psicológicos ou técnicos, prevendo o art.º 26.º, n.º 3, b), a caducidade da licença de quem reprove ou não se submeta a esses mesmos exames.

10. O art.º 31.º, n.º 2, permite o exercício da profissão de subdirector de escola de condução a instrutor com certo tempo de actividade e que se sujeite a curso de formação e exame respectivo.

11. O art.º 32.º, n.º 2, permite o exercício da profissão de director de escola de condução apenas aos subdirectores com certo tempo de exercício da profissão.

12. O art.º 34.º, na sua segunda parte, faz aplicar aos directores e subdirectores de escola o preceituado no art.º 23.º, já referido.

13. Finalmente, o art.º 36.º prescreve que o cancelamento ou caducidade da licença de instrutor implica o cancelamento ou caducidade da licença de subdirector ou de director, assim, tornando aplicáveis a quem exerce uma destas duas últimas profissões o regime previsto nos art.ºs 25.º, n.ºs 2, 4 e 5, 26.º, n.ºs 1 e 3, b), 27.º do decreto-lei 86/98.

14. Todas as normas em apreço visam limitar e condicionar o acesso e exercício de três profissões, a saber, a de instrutor, subdirector e director de escola.

15. Todas elas estabelecem requisitos sem o cumprimento dos quais ninguém pode licitamente começar a exercer alguma daquelas profissões ou continuar a exercê-las.

16. Mostra-se, assim, em causa a liberdade de exercício de profissão, na sua vertente inicial, de escolha e ingresso na profissão, e contínua, de exercício da mesma (cfr. Canotilho, Gomes/Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª edição, pg. 261-262; Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, IV, pg. 409 e segs.).

17. A liberdade de exercício de profissão está prevista no art.º 47.º, n.º 1, da Constituição, integrando-se no título II da parte I da Lei Fundamental.

18. Deste modo, é aplicável às restrições a esta liberdade, *ex vi* art.º 17.º, o regime orgânico previsto no art.º 165.º, n.º 1, b), da Constituição, isto é, está reservada exclusivamente à Assembleia da República a competência para legislar sobre

tal matéria, salvo autorização ao Governo.

19. O Decreto-Lei 86/98, de 3 de Abril, foi aprovado pelo Governo ao abrigo da sua competência legislativa prevista no art.º 198.º, n.º 1, a), da Constituição, isto é, da chamada competência concorrencial.

20. Desconhece-se a existência de lei de autorização legislativa válida ao tempo da aprovação do decreto-lei em causa, sendo certo que a sua não invocação expressa pelo diploma em apreço sempre produziria uma desconformidade com a Constituição, por violação do art.º 198.º, n.º 3.

21. Estando o Governo a legislar em matéria da competência exclusiva da Assembleia da República, sem a respectiva autorização legislativa, há que considerar as normas deste decreto-lei que incidam sobre essa matéria como organicamente inconstitucionais.

22. Declarada a inconstitucionalidade das normas em apreço, hão-de ter-se por consequentemente inconstitucionais todas as normas que apenas devem a sua subsistência àquelas, como sejam as que prevêem contra-ordenações para a violação das normas impugnadas e as que regulam procedimentos de concessão das licenças para o exercício das profissões em causa.

23. A tempestividade deste pedido não é prejudicada pelo facto de o art.º 54.º do decreto-lei ora em apreço remeter a sua entrada em vigor para 90 dias após a sua publicação, já que, conforme indica a doutrina, o momento relevante para poderem ser exercidas as competências previstas no art.º 281.º da Constituição é o da publicação do diploma, não sendo necessário esperar que a norma possa produzir efeitos para ser impugnada em fiscalização abstracta (assim, Canotilho, Gomes, e Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª ed., pg. 1033, e Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo II, pg. 427, especialmente na nota 2).

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional, a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas contidas nos artigos 21.º , n.º 1, 23.º, n.º 1, 25.º, n.ºs 2, 4 e 5, 26.º, n.ºs 1 e 3, b), 27.º, 31.º, n.º 2, 32.º, n.º 2, 34.º, 2.ª parte, e 36.º do decreto-lei 86/98, de 3 de Abril, por violação do art.º 165.º, n.º 1, b), da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

P-6/98

Assunto: Forças Armadas. Procedimento Disciplinar. Princípio da Imparcialidade.

O provedor de justiça, no exercício do poder que lhe é conferido pelo disposto no art.º 281.º, n.º 2 , al. d), da Constituição, reproduzido no art.º 20.º, n.º 3, do seu Estatuto, aprovado pela lei n.º 9/91, de 9 de Abril, vem requer ao Tribunal Constitucional a apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da incons-titucionalidade da norma constante do art.º 85.º do decreto-lei n.º 142/77, de 9 de Abril, por entender violar a mesma o princípio da imparcialidade da actuação da Administração Pública, contido no art.º 266.º n.º 2 da Constituição, nos termos e com os fundamentos seguintes:

1. O Regulamento Disciplinar Militar (R.D.M.) aprovado pelo decreto-lei n.º 142/77 de 9 de Abril, estabeleceu os princípios fundamentais em que assenta o procedimento disciplinar militar.

2. O art.º 79.º n.º 1 do R.D.M., em sede de disposições gerais relativas ao processo disciplinar, estabelece sob a epígrafe de "Competência" que "A competência para instaurar ou mandar instaurar processo disciplinar coincide com a com-petência disciplinar".

3. Por seu lado o art.º 85.º do R.D.M., no seu n.º 1, estabelece que "O instrutor do processo disciplinar é, em regra, o chefe que determinou a sua instauração."

4. Importa apurar se este regime viola o princípio da imparcialidade a que deve obedecer a actuação da administração pública, princípio este constante do art.º 266.º n.º 2 da Constituição.

5. Coloca-se, antes de mais, o problema da delimitação do domínio abrangido por esta norma. De acordo com CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, Consti-tuição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pg. 921, "... deve entender-se que os princípios consagrados neste título têm um conteúdo institucional geral, extensivo a todas as formas de administração pú-blica..."

6. Assim, referem estes autores que "No caso da Administração estadual, estão abrangidos todos os seus domínios, tanto da civil como da militar."

7. Concorda Maria Teresa de Melo RIBEIRO, no seu O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública", Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pág. 123, que "Devem considerar-se igualmente vinculados ao princípio da imparcialidade, em decorrência da sua natureza funcional, todas as autoridades ou entidades, públi-cas ou privadas, que de alguma forma exerçam a função administrativa ou prati-quem actos em matéria administrativa."

8. Pelo que, sendo os princípios vertidos no art.º 266.º n.º. 2 da Constituição apli-cáveis à administração militar, terão os órgãos e agentes da administração militar

no exercício das suas funções que se conformar com eles.

9. Da conjugação dos arts. 79.º n.º 1 e 85.º do R.D.M., resulta que, no processo dis-ciplinar militar, quem determina a sua instauração, quem procede à instrução e o autor da primeira decisão punitiva são uma e a mesma pessoa.

10. Importa, porém, precisar, no que consiste o princípio da imparcialidade. De acordo com J. J. Gomes CANOTILHO e MOREIRA, Vital na obra já citada, "O Princípio da Imparcialidade respeita essencialmente às relações entre a Admi-nistração pública e os particulares, podendo circunscrever-se a dois aspectos fundamentais: a) o primeiro, ... consiste em que, no conflito entre o interesse público e os interesses particulares, a Administração deve proceder com isenção na determinação da prevalência do interesse público, de modo a não sacrificar desnecessariamente e desproporcionadamente os interesses particulares...b) o segundo refere-se á actuação da Administração em face dos vários cidadãos, exigindo-se igualdade de tratamento dos interesses dos cidadãos através de um critério uniforme de prossecução do interesse público."

11. E, acrescentam os mesmos autores, "A garantia da imparcialidade da Adminis-tração implica, entre outras coisas, o estabelecimento de impedimentos dos ti-tulares de órgãos e agentes administrativos para intervirem em assuntos que te-nham interesse pessoal, directo ou indirecto."

12. Já para Diogo Freitas do AMARAL,, nas suas lições de Direito Administrativo, vol. II, "O princípio da imparcialidade significa que a Administração deve com-portar-se sempre com isenção e numa atitude de equidistância perante todos os particulares, que com ela entrem em relação, não privilegiando ninguém, nem discriminando contra ninguém."

13. E, aponta este autor como corolários deste princípio, entre outros, os seguintes:

> "A proibição de favoritismos ou perseguições relativamente aos particulares (...)" e "A proibição de os órgãos da Administração tomarem decisões sobre assuntos em que estejam pessoalmente interessados"...

14. Como diz Maria Teresa de Melo RIBEIRO, existe neste princípio constitucional um conteúdo negativo e positivo, negativo, quando afasta do exercício da função administrativa todos os interesses estranhos ao interesse público, e, mais preci-samente, ao interesse público específico fixado na lei e para cuja prossecução o poder é atribuído à Administração; positivo, quando impõe a ponderação dos di-versos interesses juridicamente protegidos e presentes no caso a conformar.

15. O princípio da imparcialidade, como é natural, não pode deixar de se aplicar no âmbito do procedimento administrativo sancionatório.

16. Efectivamente, o princípio da imparcialidade aplica-se ao conjunto da actividade administrativa, seja ela vinculada ou discricionária, pois constitui um princípio de todo o funcionamento administrativo, vinculando, consequentemente a totali-dade da actividade da Administração Pública

17. O princípio da imparcialidade, citando ainda RIBEIRO, Maria Teresa de Melo, O Princípio da Imparcialidade..., pg. 235, constitui assim "... um princípio regula-dor do conjunto da actividade administrativa e respeita ao exercício e ao desen-volvimento da totalidade da função administrativa, desde a fase de averiguação e determinação dos factos relevantes, até à fase de decisão administrativa, passan-do pelo inteiro processo de formação da vontade da Administração Pública".

18. E mal se compreenderia que a Administração estivesse vinculada a este princípio em toda a sua actuação menos no âmbito do procedimento disciplinar sanciona-dor, já que, a não lhe ser aplicado neste âmbito o art.º 266.º n.º 2, apenas estari-am asseguradas constitucionalmente as garantias de audiência e defesa do argui-do, de acordo com os arts. 32.º, n.º 10 e 269.º, n.º 3 da Constituição.

19. E se, quanto ao teor do art.º. 79.º do R.D.M, não nos parece resultar prejudicado o princípio da imparcialidade da actuação da Administração, já que é corrente nos procedimentos disciplinares, a competência para instaurar ou mandar instau-rar processo disciplinar coincidir com a competência disciplinar - veja-se os arts. 16.º e 39.º do Estatuto Disciplinar da Função Pública,

20. Já ao fazer coincidir numa única entidade as qualidades de instrutor e decisor aquelas normas estão a conferir competência para instruir, isto é propor a pena a aplicar a quem tem competência para decidir.

21. De facto tal situação põe em causa as garantias de isenção, que devem ser res-peitadas em qualquer procedimento administrativo pondo em crise o princípio constitucional da imparcialidade da administração.

22. Acresce que, sendo o processo disciplinar militar susceptível de culminar na aplicação de penas tão gravosas como a prisão (cfr. arts. 27.º e 28.º do R.D.M.), deveriam existir especiais cuidados no que concerne à garantia de imparcialidade deste processo administrativo sancionatório.

23. O art.º 32.º n.º 10 da Constituição estipula que em quaisquer processos sancio-natórios são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

24. Ora, a garantia destes direitos não parece compatível com o facto de a mesma pessoa concentrar em si a competência para mandar instaurar o processo disci-plinar, a competência para instruir e a competência disciplinar.

25. O Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido de que "...certos princípios expressamente consagrados para o processo criminal são igualmente válidos, na sua ideia essencial, nos restantes domínios sancionatórios, e agora, em parti-cular, no domínio disciplinar" - Cfr. Acórdão n.º 103/87, publicado no DR, 1ª Série, de 06/05/87.

26. E, por maioria de razão, podendo ser aplicadas, em processo disciplinar militar penas privativas ou restritivas de liberdade, o que, em regra, só deveria ocorrer em processo criminal, justifica-se a aplicação analógica ao domínio disciplinar militar de certos princípios consagrados na constituição quanto ao processo cri-minal.

27. Assim, do regime constitucional relativo ao processo criminal, bem como do re-gime previsto no Código de Processo Penal resulta que os juizes de pronúncia e de julgamento tem que ser necessariamente diferentes.

28. Isto é, como garantia da imparcialidade do julgamento o juiz de pronúncia, que acusa, e o juiz de julgamento, que decide a pena a aplicar (ou não) são necessari-amente pessoas diferentes.

29. Deste modo, também em processo administrativo sancionatório, para garantia do princípio da imparcialidade, não deveria existir coincidência na mesma pessoa da instrução do processo disciplinar e da decisão disciplinar.

30. Maria Teresa de Melo RIBEIRO, na obra já citada, fala a este propósito em ga-rantias do princípio da imparcialidade, referindo-se à separação dos órgãos ad-ministrativos instrutórios dos órgãos decisórios, bem como da fase instrutória da fase decisória, como uma das vias adequadas para prevenir a violação do princí-pio da

imparcialidade.

31. De facto, como refere a autora, na obra citada, pág. 310, "... a imparcialidade da Administração Pública exige a cisão entre o órgão que propõe ou toma a iniciati-va da instrução de um determinado procedimento administrativo - o órgão inqui-rente - e o órgão que avalia os resultados dessa fase instrutória e, em conformi-dade com eles, toma a decisão final - o órgão decisório."

32. Ou seja, a imparcialidade administrativa só é integralmente garantida se existir separação institucional e procedimental entre o órgão que conduz a fase instrutó-ria de um procedimento administrativo, ou seja, o órgão competente para proce-der à recolha e tratamento da informação juridicamente relevante no caso e o ór-gão encarregue de avaliar e ponderar os elementos informativos recolhidos, isto é, o órgão competente para praticar o acto administrativo decisório.

Termos em que se requer a declaração de incons-titucionalidade, com força obrigatória geral, para os efeitos do art.º 282.º, n.º 1, da Constituição, da norma do art.º 85.º n.º 1 do decreto-lei n.º 142/77 de 9 de Abril, porquanto viola o princípio da im-parcialidade da administração pública, consagra-do no art.º 266.º n.º 2 da Constituição.

Ao
Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

R-333/98

Assunto: Restrição de Direitos Fundamentais. Direitos dos Estrangeiros. Princípio da Equiparação. Princípio da Igualdade. Princípio da Proporcionalidade.

O provedor de justiça, no uso da competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade da norma contida na alínea a), do n.º 1, do art.º 22.º do decreto-lei 139-A/90, de 28 de Abril, por entender que esta norma viola os artigos 13.º, 18.º, n.º 2, 47.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, b), da Constituição, nos termos e fundamentos que se seguem:

1. No desenvolvimento da Lei 46/86, de 14 de Outubro (Lei de Bases do Sistema Educativo), nomeadamente da alínea c) do n.º 1 do seu art.º 59.º, veio o Governo a aprovar, através do decreto-lei 139-A/90, de 28 de Abril, o estatuto da carreira dos educadores de infância e dos professores dos ensinos básico e secundário.

2. No seu capítulo IV, aquele diploma consagra o regime jurídico do recrutamento e selecção do pessoal docente, fixando-se na alínea a) do seu art.º 22.º como requisito geral de admissão a concurso de provimento a necessidade de o candidato "ter nacionalidade portuguesa ou ser nacional de país que, por força de acto normativo da Comunidade Económica Europeia, convenção internacional ou lei especial, tenha acesso ao exercício de funções públicas em Portugal".

3. Esta norma afasta, assim, da docência todos os nacionais de países terceiros aos quais nenhum acto de direito internacional, comunitário ou legislativo interno (previsão desnecessária, neste último caso) conferisse expressamente a possibilidade de acesso à Função Pública portuguesa.

4. Resta averiguar se o legislador, tão preocupado em enumerar as fontes possíveis de normação contrária, não se terá esquecido de obedecer aos ditames constitucionais nesta matéria.

5. O n.º 1 do art.º 15.º da Lei Fundamental consagra o princípio da equiparação de direitos dos estrangeiros e dos apátridas que se encontrem ou residam em Portugal relativamente aos cidadãos portugueses, reflexo dos princípios da universalidade e

igualdade constitucionalmente consagrados (arts. 12.º e 13.º) e enformadores de todo o regime dos direitos fundamentais.

6. Importa, pois, enquadrar o requisito imposto pelo norma da alínea a) do n.º 1 do art.º 22.º do decreto-lei 139-A/90 para a admissão à carreira docente, com o princípio de equiparação de direitos de estrangeiros e apátridas aos cidadãos nacionais e das respectivas excepções, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art.º 15.º da Lei Fundamental.

7. Entre essas excepções ao princípio da equiparação, releva aqui em primeiro lugar aquela que veda aos estrangeiros o exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico.

8. Desta forma, a Constituição visa "excluir o exercício por estrangeiros de funções públicas que incluam o exercício de poderes públicos, quer no âmbito interno da Administração (função de direcção e chefia) quer no respeitante a terceiros (actos de autoridade)" - (cf. Canotilho, Gomes, e Moreira, Vital, Constituição anotada, 3.ª edição, pg. 135).

9. O que está em causa não é o grau de tecnicidade ou especialidade das funções, mas sim a composição no conteúdo entre um "quantum técnico" e um "quantum de autoridade pública" (cf. nesse sentido, Ac. STA de 23 de Fevereiro de 1989, BMJ 384/463, que se louva no voto de vencido do actual Conselheiro Cunha Rodrigues no Parecer do Conselho Consultivo da PGR 258/77, BMJ 291/202, doutrina depois seguida por este mesmo Conselho; na doutrina, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed., pg. 135, e MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo III, 3.ª edição, pg. 145), onde o predomínio de um ou de outro ditará o funcionamento ou não do princípio da equiparação.

10. Há, então, que aquilatar se no exercício das funções docentes de educador de infância e de professor do ensino básico e secundário prevalece a componente de autoridade do cargo ou, antes, avulta o seu caracter técnico.

11. Parece pacífico que no desempenho daquelas funções docentes o ensino e a transmissão de conhecimentos prevalecem sobre qualquer exercício de autoridade (configurado, essencialmente, no poder disciplinar sobre os alunos e, acidentalmente, no desempenho de cargos de gestão), daí se podendo concluir que a componente técnica daquelas funções predomina claramente sobre o elemento de autoridade.

12. Tal conclusão é aliás claramente confirmada pela análise dos deveres e atribuições profissionais dos docentes, enunciados no art.º 10.º, n.º 2, do decreto-lei 139-A/90, onde das treze alíneas nenhuma se descobre que imponha a existência de

poderes de autoridade.

13. Este entendimento tem merecido largo acolhimento, conforme demostram os Pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.ºs 23/81, 152/81 e 77/86, e o Acórdão do STA (P-1.ª), de 5 de Abril de 1990, recurso n.º 16 367.

14. Conclui-se, assim, pela configuração do exercício de funções docentes de educador de infância e de professor dos ensinos básico e secundário como uma função predominantemente técnica, pelo que o seu acesso não se encontra vedado a estrangeiros e apátridas pela 1.ª parte do n.º 2 do art.º 15.º da Constituição, recaindo na previsão da sua 2.ª parte.

15. Mesmo numa interpretação cautelosa, por assumidamente declarativa, como a já citada de Jorge MIRANDA, a situação dos docentes é abrangida inequivocamente entre aquelas carreiras da função pública onde a componente técnica, interpretada restritivamente como excluindo "serviços materiais, auxiliares ou administrativos", predomina.

16. Mas se não está vedado, também não está de todo garantido, já que para além dessa contra-excepção expressamente enunciada, que se integra na regra-geral, a Constituição, no mesmo art.º 15.º, n.º 2, in fine, admite todavia a intervenção do legislador, reservando outros direitos exclusivamente a favor dos cidadãos nacionais.

17. É incontornável que essas restrições não podem escapar ao quadro geral das restrições aos direitos fundamentais, não se podendo, desde logo, revelar totalizantes, sob pena de desvirtuação do próprio princípio da equiparação, que é regra e não excepção (assim, Jorge MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, tomo III, 3.ª ed., pg. 142).

18. No caso em apreço, a posição jurídica que está em causa é o direito de acesso à função pública, consagrado pela Constituição no seu art.º 47.º, n.º 2.

19. Constando do título II da parte I da Constituição, o direito de acesso à função pública beneficia do regime específico dos direitos, liberdades e garantias por força do disposto no art.º 17.º, 1ª parte (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed., pg. 135, anotação IV).

20. Nesse quadro, e estando perante uma restrição desse mesmo direito, tem particular importância confrontar-se a norma em apreço com o preceituado no art.º 18.º da Constituição, em especial no seu n.º 2.

21. Excluindo da admissão à carreira docente os estrangeiros e apátridas que

não beneficiem de acto normativo comunitário, convenção internacional ou lei especial, a norma em apreço restringe o universo daqueles que poderiam, sem a sua existência, concorrer às vagas em concurso, assim diminuindo o âmbito subjectivo do direito fundamental consagrado na norma constitucional citada.

22. Nos termos do art.º 18.º, n.º 2, as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias devem obedecer aos requisitos da proporcionalidade, necessidade e adequação, em ordem a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

23. Mais impõe a mesma norma que a própria existência da norma restritiva só seja admitida quando expressamente prevista na Constituição.

24. Admite-se que essa autorização, no caso concreto, existe no art.º 47.º, n.º 1, já que o acesso à função pública deve enquadrar-se no plano mais amplo da liberdade de acesso a profissão (assim, ao considerá-lo corolário desta, Jorge MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, tomo IV, pg. 435; considerando ambas posições jurídicas como associadas, CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa anotada, 3.ª ed., pg. 264).

25. Vejamos, assim, se há ou não razões de interesse colectivo ou inerentes à própria capacidade dos cidadãos afastados pela norma em apreço que justifiquem a sua existência.

26. Por certo, não poderá acolher-se como justificação razoável a salvaguarda dos valores da soberania e da independência nacional (cf. art.º 7.º, n.º 1 e 9.º, al. a), ambos da Constituição), pelo facto de tais valores já se encontrarem constitucionalmente acautelados através da subtracção ao princípio da equiparação daquelas funções em que o exercício da autoridade pública se sobrepõe ao aspecto técnico das mesmas, pelo art.º 15.º, n.º 2, 1.ª parte, norma que não se aplica neste caso, como se viu, pela reduzida projecção da autoridade pública inerente ao exercício das funções docentes.

27. No caso em apreço, a situação inversa apenas se verificaria no caso de exercício de funções de direcção ou chefia em estabelecimentos de ensino, uma vez que no desempenho destas funções predomina a componente do exercício de poderes públicos, inerentes às funções de direcção, sobre as funções de instrução.

28. A imposição constitucional do art.º 15.º, n.º 2, 1.ª parte, de excluir cidadãos não nacionais desse tipo de funções foi satisfatoriamente resolvida no mesmo decreto-lei 139-A/90 que, no seu art.º 57.º, n.º 3, reservou a docentes de nacionalidade portuguesa "o exercício de funções em órgãos de administração e gestão de estabelecimentos de educação ou de ensino que envolvam o exercício de

poderes de autoridade".

29. Temos aqui o caso de uma restrição apta a salvaguardar o preceituado na Constituição, sem recorrer à solução drástica da pura e simples exclusão da docência, claramente desproporcionada face ao diminuto grau de poder de autoridade inerente às funções docentes em causa.

30. Não se vislumbrando outro interesse colectivo legítimo que se possa querer salvaguardar em função da nacionalidade, resta apurar se quanto à capacidade dos estrangeiros afastados por esta norma para o exercício das funções docentes algo poderá justificar esta restrição.

31. Em matéria de capacidade, duas questões diferentes se podem equacionar: a quantidade e qualidade de conhecimentos e a aptidão pedagógica para os transmitir, por um lado, e a possibilidade de os transmitir na língua portuguesa aos alunos do sistema de ensino público, por outro.

32. Sendo certo que no que toca às habilitações necessárias para o exercício das funções docentes a sua apreciação será sempre feita pela administração face aos critérios legais, nomeadamente no que toca a equivalência e reconhecimento de habilitações porventura adquiridas nos países de origem, julgando-se que não há razão justificativa da necessidade, quanto mais proporcionalidade, da restrição, resta averiguar o fundamento do eventual menor conhecimento da língua portuguesa.

33. Naturalmente que sem se conhecer a língua não será viável, pelo menos no nível de ensino que ora nos ocupa, estabelecer qualquer relação proveitosa com os alunos.

34. Mas para afastar o perigo de admitir nos quadros do Ministério da Educação um docente que não conseguisse comunicar com os seus alunos pelo deficiente manejo da língua portuguesa, duvida-se fundadamente, não da necessidade, mas sim da proporcionalidade da norma ora impugnada.

35. E um argumento que bastante contribui para esta dúvida é a existência de um conteúdo normativo que salvaguarda inteiramente o interesse público em causa e lesa o mínimo possível os cidadãos estrangeiros, em suma, que é adequado e proporcional enquanto restrição de um direito fundamental ao qual se aplica o regime dos direitos, liberdades e garantias.

36. Trata-se de norma aliás incluída no mesmo decreto-lei 139-A/90, no seu art.º 22.º, n.º 6, tornando obrigatória a prova de conhecimento da língua portuguesa aos não nacionais.

37. É, assim, o próprio diploma onde se inclui a norma impugnada que demonstra a desnecessidade, desproporcionalidade e inadequação da mesma.

38. De harmonia com o princípio da igualdade, recebido no art.º 13.º da Constituição, são proibidas quaisquer discriminações constitucionalmente ilegítimas, devendo qualquer diferenciação de tratamento ser razoavelmente fundada e visar a protecção de um valor ou interesse constitucionalmente relevante.

39. Ora, uma diferenciação de tratamento entre os nacionais portugueses e os não-nacionais como a presente configura uma diferenciação discriminatória por restringir um direito com base na cidadania (cf. art.º 13.º, n.º 2, da Constituição), violadora do direito de acesso à função pública em condições de igualdade e de liberdade, não autorizada constitucionalmente no art.º 15.º, como se viu, nem no próprio art.º 47.º.

40. A previsão normativa de uma desigualdade, sem que a mesma se mostre materialmente fundada, importa violação do princípio da igualdade, princípio básico da ordem constitucional vigente, estruturante de todo o quadro de direitos fundamentais e da própria actuação estadual.

41. Para além da verificação destes pressupostos materiais, sempre as restrições de direitos, liberdades e garantias se deverão corporizar através de uma lei, conforme preceitua o art.º 18.º, e mesmo de um acto legislativo da própria Assembleia da República ou por ela autorizado, por imposição da reserva de competência estabelecida no art. 165.º, n.º 1, b), da Constituição.

42. Assim, mesmo que materialmente se pudesse afirmar que o conteúdo da norma em apreciação não fere qualquer norma constitucional, é inequívoco que o Governo carecia para a sua emissão de obter a imprescindível autorização parlamentar, a fim de estabelecer restrições ao direito de acesso à função pública.

43. Ora, no caso em apreço não existiu tal autorização, e se acaso existiu, o que não se crê, não foi invocada pelo Governo, como impõe o art.º 198.º, n.º 3, da Lei Fundamental, tornando inevitável concluir-se pela verificação de inconstitucionalidade orgânica, no primeiro caso, ou formal, no segundo, da norma em causa.

Termos em que se requer ao Tribunal Constitucional, nos termos e para os efeitos dos art.ºs 281.º, n.º 2, d), e 282.º da Constituição, que aprecie e declare com força obrigatória geral a norma contida na alínea a), do n.º1, do art.º 22.º do decreto-lei 139-A/90, de 28 de Abril, por violação dos art.ºs 13.º, 18.º, n.º 2, 47.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, b), da Constituição.

2.6.3. Inspecções

1. Inspecção ao sistema prisional

Em 1998, entre 12 de Outubro e 11 de Novembro, desenrolou-se uma nova série de visitas aos cinquenta e quatro estabelecimentos prisionais do continente e ilhas, tendo por objectivo uma reavaliação da situação dois anos e meio sobre a feitura do primeiro relatório sobre o sistema prisional.

As conclusões destas visitas e dos vários contactos estabelecidos com os serviços centrais da Direcção Geral dos Serviços Prisionais resultaram em cerca de oitocentas recomendações dirigidas a Sua Excelência o Ministro da Justiça, já no ano de 1999, de tudo se tendo dirigido relatório especial à Assembleia da República, sob o título "As nossas prisões-II".

2. Articulação entre hospitais e centros de saúde na região do Porto

Nos dias 16, 17 e 18 de Setembro de 1998, foram realizadas visitas aos centros de saúde de Aldoar, Matosinhos e Rebordosa, bem como aos Hospitais de São João, Santo António, Padre Américo e Pedro Hispano, no seguimento da recomendação dirigida a Sua Excelência a Ministra da Saúde, constante do meu relatório relativo a 1997, pg. 517 (cfr. também o relatório da inspecção que lhe serviu de suporte a pgs. 599 e segs.).

Uma avaliação preliminar não deu conta de alterações significativas.

3. Serviço público de transporte aéreo de passageiros entre o continente e os

arquipélagos dos Açores e da Madeira

Iniciou-se em 1998 a apreciação das condições de prestação do serviço público de transporte aéreo de e para os dois arquipélagos, com particular atenção ao atendimento ao público. Neste âmbito, realizaram-se visitas aos escritórios e balcões da TAP-Air Portugal nos Açores e na Madeira.

Do seu resultado se dará conta no relatório de 1999.

2.7.

Extensão

da

Provedoria de Justiça

nos

Açores

2.7.1. Recomendações

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo

R-2537/97
Rec. n.º 5/A/98
1999.02.20

I
Exposição de Motivos

Os Factos

1. Em 20/06/97, foi dirigida ao provedor de justiça uma reclamação relativa ao horário de funcionamento da "Sociedade...", sita na freguesia da Ribeirinha, no concelho de Angra do Heroísmo e, em especial, ao ruído proveniente daquele estabelecimento. A queixa, embora entregue em nome individual, veio acompanhada de um "abaixo-assinado" de residentes nas imediações do estabelecimento reclamado.

2. No âmbito da instrução do processo cuja abertura determinei, foram solicitadas informações à Câmara Municipal de Angra do Heroísmo.

3. Pelo ofício n.º 5794, de 22/12/97, a autarquia a que V.Exa. preside respondeu remetendo cópia da informação n.º 17/97, do Serviço de Taxas e Licenças.

4. A mencionada informação é do seguinte teor:

"1. O estabelecimento de Bar da Sociedade Recreativa de Santo António da Serra da Ribeirinha, sita ao Terreiro do Paço, freguesia da Ribeirinha, encontra-se devidamente licenciado por esta Câmara com o alvará de licença de ocupação n.º 96, de 89.05.16, o alvará de abertura n.º 6/93 emitido por esta Câmara em 93.08.30 e as respectivas licenças de funcionamento anuais.

2. Quanto às condições de isolamento acústico da referida sociedade não existe nada neste serviço que comprove que tenham sido efectuadas medições de ruído naquele estabelecimento.

3. O estabelecimento tem o horário de funcionamento das 07.00 horas às 24.00 horas desde a sua abertura em 93.08.30.

De conformidade com o Regulamento Policial da Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 18/96/A, de 06 de Agosto, art. 21º, n.ºs 1 e 2, alínea a), os estabelecimentos de bar têm como horário de encerramento diário obrigatório as 02.00 horas, podendo funcionar das 07.00 às 22.00 horas, das 22.00 às 24.00 horas e das 24.00 às 02.00 horas e antecipação de horário de abertura para as 06.00 horas.

4. Como já foi referido a Sociedade solicita a renovação anual da licença de funcionamento com o horário de abertura das 07.00 às 24.00 horas. No entanto existem reclamações e abaixo assinados referentes ao horário de funcionamento praticado pela Sociedade".

O Direito
A Competência Municipal em Matéria de Utilização de Edifícios

5. É da competência das câmaras municipais a concessão de licenças de utilização de edifícios novos, reconstruídos, reparados, ampliados ou alterados ou das suas fracções autónomas, cujas obras tenham sido por elas licenciadas (cfr. art. 26º, n.º 1, do Regime de Licenciamento das Obras Particulares).

6. Nos termos do disposto na alínea j), do n.º 2, do art. 53º, do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 18/91, de 12 de Junho, tal competência pertence, actualmente, ao Presidente da Câmara.

O Regulamento Geral sobre o Ruído

7. O Regulamento Geral sobre o Ruído (abreviadamente R.G.R.) elenca as categorias de actividades a que se aplica o seu regime jurídico. Assim, nos termos do disposto no art. 2º, a construção de edifícios; a laboração de indústrias, comércio e serviços; o tráfego rodoviário, ferroviário e aéreo e a sinalização sonora, são as actividades compreendidas no âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho [cfr. alíneas a) a f), do art. 2º, do R.G.R.].

8. Não obstante esta enumeração, o disposto na alínea g) do mesmo artigo vem submeter à disciplina do R.G.R. todas as "actividades geradoras de ruído (...) que possam causar incomodidade".

9. O art. 20º, integrado no capítulo relativo às actividades ruidosas, definia os requisitos a que deveria obedecer o licenciamento dos locais destinados a espectáculos, diversões e outras actividades ruidosas.

10. O limite sonoro máximo permitido era de 10 dB (A), uma vez que, nos termos da alínea a) deste art. 20º, a diferença entre o valor do nível sonoro contínuo equivalente, corrigido do ruído proveniente dos locais em questão, e o valor do nível sonoro do ruído de fundo, que é excedido, num período de referência, em 95% da duração deste (L_{95}), deve ser inferior ou igual aquele valor.

11. O Decreto-Lei n.º 292/89, de 2 de Setembro, veio alterar a redacção, entre outros, dos art.s 20º e 21º, deixando inalterado o limite de 10 dB (A).

12. Não obstante, a nova redacção do n.º 2 do art. 20º introduziu uma presunção *"juris tantum"*, nos termos da qual a licença presume-se concedida sob condição de respeito por aquele limite.

13. O art. 21º, dispondo, como na anterior redacção, sobre as "*actividades ruidosas, públicas ou privadas*" alargou, no entanto, a natureza dos seus condicionamentos. Nestes termos, só deve ser autorizada a realização de actividades nas proximidades de edifícios de habitação, escolares, hospitalares ou similares e de estabelecimentos hoteleiros e meios complementares de alojamento, quando:

a) Seja respeitado o limite sonoro máximo de 10 dB (A);

b) Ocorra a sua suspensão:

- entre as 22,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, de domingo a quinta-feira;
- entre as 24,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, à sexta-feira, ao sábado e nas vésperas de dias feriados.

14. O n.º 3 do art. 20º - a que correspondia o anterior n.º 2 - determina que incumbe às entidades competentes para o licenciamento ou autorização, ouvidas as entidades fiscalizadoras, a imposição, expressamente e a título excepcional, dos condicionamentos tendentes ao cumprimento das imposições do R.G.R.

15. O art. 33º, do Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho, dispõe sobre a competência para fiscalizar o cumprimento das disposições do R.G.R.. Os poderes de fiscalização incluem, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 33º, a realização de vistorias e ensaios julgados pertinentes.

16. O n.º 3 do art. 21º - totalmente inovador em relação à redacção inicial do Decreto-Lei n.º 251/87 - impõe a suspensão imediata, pela intervenção da autoridade policial, oficiosamente ou a pedido de qualquer interessado, dos espectáculos ou das actividades que produzam ruído a níveis superiores a 10 dB (A), ou dos que se realizem entre as 22,00 e as 8,00 horas, nos domingos, terças-feiras, quartas-feiras e quintas-feiras, ou entre as 24,00 e as 8,00 horas, às sextas-feiras, sábados e vésperas dos dias feriados.

17. Por outro lado, constituem contra-ordenações, nos termos do disposto no art. 36º, as infracções ao preceituado, entre outros, no n.º 4 do art. 20º (violação das condições de licenciamento) e n.ºs 1 e 2 do art. 21º [realização de espectáculos ou actividades produzindo ruído a níveis superiores a 10 dB (A), depois das 22,00, nos domingos, terças-feiras, quartas-feiras e quintas-feiras, ou depois das 24,00, às sextas-feiras, sábados e vésperas dos dias feriados].

18. Uma vez que o processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas no que respeita à disciplina do R.G.R. competem às entidades com superintendência técnica em cada sector, a qual é determinada em razão da matéria (cfr. art. 37º, do R.G.R.), e porque é de competência municipal a concessão de licenças de utilização de edifícios novos, reconstruídos, reparados, ampliados ou alterados ou das suas fracções autónomas, cujas obras tenham sido pelas licenciadas pelas respectivas câmaras municipais [cfr. art. 26º, n.º 1, do Regime de Licenciamento das Obras Particulares e art. 53º, n.º 2, al. j), do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 18/91, de 12 de Junho] e é, igualmente, da competência municipal a emissão da licença de funcionamento dos estabelecimentos similares de hotelaria [art. 16º, n.º 2, al. b), do Decreto Legislativo Regional n.º 18/96/A, de 6 de Agosto], a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo deveria ter exercido as suas competências de polícia administrativa neste domínio.

19. Com efeito, face às diversas reclamações já recebidas, a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo deveria ter fiscalizado o cumprimento das disposições do

R.G.R., nos termos do disposto no art. 33º, do Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho, e deveria, nesse âmbito, ter realizado, ou promovido, as vistorias e os ensaios acústicos julgados pertinentes.

20. Atenta a redacção do n.º 3 do art. 21º, a verificação de que ocorre produção de ruído a níveis superiores a 10 dB (A), ou de que se realizam actividades ruidosas entre as 22,00 e as 8,00 horas, nos domingos, terças-feiras, quartas-feiras e quintas-feiras, ou entre as 24,00 e as 8,00 horas, às sextas-feiras, sábados e vésperas dos dias feriados, imporia que a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo solicitasse à autoridade policial a sua suspensão imediata.

O Regulamento Policial da Região Autónoma dos Açores

21. No caso em apreço, é irrelevante que o Regulamento Policial da Região Autónoma dos Açores, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 18/96/A, de 6 de Agosto, permita o funcionamento até às 22,00 horas, às 00,00 horas, às 02,00 horas, às 04,00 horas, ou mesmo autorize o funcionamento contínuo dos estabelecimentos, uma vez que, no que concerne ao exercício de actividades ruidosas nas proximidades de edifícios de habitação, o R.G.R. constitui norma especial em relação ao diploma regional.

22. No entanto, refira-se que o Regulamento Policial da Região Autónoma dos Açores dispõe, no art. 14º (justamente epigrafado "Ruído") do capítulo relativo aos estabelecimentos hoteleiros e similares, que "as autorizações de abertura de funcionamento dos estabelecimentos abrangidos pelo presente capítulo presumem-se concedidas sob condição de nos mesmos não serem excedidos os limites legais e regulamentares em matéria de ruído", seguindo de perto o raciocínio do legislador nacional quanto à presunção juris tantum nos termos da qual a licença presume-se concedida sob condição de respeito pelo limite de 10 dB (A) (cfr. art. 20º, n.º 2, do R.G.R.).

23. O Regulamento Policial estabelece, acrescidamente e no que concerne aos estabelecimentos de dança ou onde ocorra a emissão de música ambiente, a obrigatoriedade da autorização administrativa ser precedida de uma vistoria, destinada a comprovar o respeito pelos limites de ruído e a existência de isolamento acústico adequado (cfr. n.º 2 do supra referido art. 14º).

24. Assim, a realização das actividades ruidosas previstas no n.º 1 do art. 21º do Decreto-Lei n.º 251/87, na redacção do Decreto-Lei n.º 292/89 (perto de edifícios

de habitação, escolares, habitacionais, hoteleiros e meios complementares de alojamento), deve conformar-se com o disposto no R.G.R., antes de respeitar o Regulamento Policial da Região Autónoma dos Açores. E prevendo aquela norma especial horários mais restritos de funcionamento, devem estes ser obedecidos, sob pena de serem aplicadas as sanções previstas na lei.

II
Conclusões

25. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Relativamente ao funcionamento do estabelecimento "Sociedade...", sito na freguesia da Ribeirinha, no concelho de Angra do Heroísmo:

A) Que a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo exerça as suas competências de polícia administrativa em matéria de incomodidade resultante da produção de ruído, fiscalizando o cumprimento das disposições do Regulamento Geral sobre o Ruído, nos termos do disposto no art. 33º, do Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho, determinando a realização das vistorias e dos ensaios acústicos que julgar pertinentes;

B) Que a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, caso venha a verificar a ocorrência de infracções, designadamente ao preceituado nos n.ºs 1 e 2 do art. 21º, do Regulamento Geral sobre o Ruído [realização de actividades produzindo ruído a níveis superiores a 10 dB (A), depois das 22,00, nos domingos, terças-feiras, quartas-feiras e quintas-feiras, ou depois das 24,00, às sextas-feiras, sábados e vésperas dos dias feriados], instaure procedimento contra-ordenacional, nos termos do disposto no art. 36º, do Regulamento Geral sobre o Ruído;

C) Que a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, caso venha a verificar que ocorre produção de ruído a níveis superiores a 10 dB (A), ou a realização de actividades ruidosas entre as 22,00 e as 8,00 horas, nos domingos, terças-feiras, quartas-feiras e quintas-feiras, ou entre as 24,00 e as 8,00 horas, às sextas-feiras, sábados e vésperas dos dias feriados, solicite à autoridade policial a suspensão imediata daquelas actividades ruidosas, nos termos do disposto no n.º 3 do art. 21º do Regulamento Geral sobre o Ruído.

Recomendação sem resposta

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Horta

R-3003/97
Rec. n.º 6/A/98
1998.02.20

I
Exposição de Motivos

Os factos

Foi aberto processo neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa a obras particulares realizadas no edifício sito na Rua Advogado Graça, na Horta.

2. A queixa referia terem sido realizados trabalhos de construção de dois terraços (um, cujo parapeito incidia directamente sobre o prédio contíguo e, outro, que alegadamente desrespeitava as disposições urbanísticas sobre afastamentos).

3. Acrescidamente, era reclamada a ausência de resposta a requerimento apresentado, em 26/09/96, sobre esta questão (os exponentes eram a senhora D. M... e o senhor R...).

4. Através do ofício n.º 466, de 21/10/97, a Provedoria de Justiça solicitou esclarecimentos à Câmara Municipal da Horta, sobre:

- O licenciamento das obras reclamadas (dois terraços no n.º 22 da Rua Advogado Graça) e a data de emissão do respectivo alvará de licença de construção;
- A data de início dos trabalhos;
- Os procedimentos tomados em ordem à reposição da legalidade urbanística, caso a obra tivesse sido iniciada em período anterior ao licenciamento;
- A resposta ao requerimento apresentado em 26/09/96.

5. A resposta da Câmara Municipal da Horta, constante do ofício n.º 6416, de 10/12/97, informou que:

a) A licença de construção relativa àquela obra de alteração de moradia e substituição de cobertura de anexo foi emitida pela Câmara Municipal da Horta em 26/01/96;

b) Os serviços camarários comprovaram, na sequência de queixa dos vizinhos,

o incumprimento dos termos do projecto de construção civil previamente aprovado;

c) Não foi instaurado procedimento contra-ordenacional (o supra citado ofício da Câmara Municipal da Horta apenas refere ter sido a proprietária "*notificada de que deveria respeitar o projecto aprovado*", sendo totalmente omissa quanto ao processo por ilícito de mera ordenação social).

6. A mesma comunicação camarária refere que:

"- Em 8 de Abril de 1996 foi apresentado um pedido de informação prévia para alteração do projecto, tendo-lhe sido indicadas quais as condições a que o mesmo deveria obedecer. Em 24 de Julho de 1996 foi apresentado o projecto de arquitectura respeitante às alterações o qual foi aprovado em 12 de Agosto.

- Em 26 de Setembro do mesmo ano foi apresentada nova reclamação pelo que em 7 de Novembro a fiscalização voltou ao local, verificando que a obra prosseguia sem projecto aprovado, notificando a dona da obra uma vez mais.

- Em 28 de Janeiro de 1997 foram apresentados (...) os projectos de especialidade relativos à arquitectura aprovada em 12 de Agosto de 1996. Na sequência, a fiscalização deslocou-se uma vez mais à obra mas foi-lhe impedida a entrada. Contudo através do prédio vizinho comprovou que a obra recomeçara a nível do terraço, mantendo-se as infracções iniciais.

Face a esta verificação foram a dona da obra e o engenheiro responsável notificados para comparecer a uma reunião, o que só se verificou relativamente ao segundo que declarou não lhe ter sido possível fazer cumprir o projecto".

O Direito

7. O Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro - cuja redacção foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro - estabelece o regime jurídico das obras particulares e define, como princípio geral, a obrigatoriedade de licenciamento camarário de todas as obras de construção civil, designadamente a construção de novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações [cfr. art. 1º, n.º 1, alínea a)].

8. O Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, dispõe que a execução de novas edificações "*não pode ser levada a efeito sem prévia licença das câmaras municipais, às quais incumbe também a* [sua] *fiscalização*" (cfr. art.s 1º e 2º).

9. Também o art. 51º, do citado Decreto-Lei n.º 445/91, atribui às câmaras municipais a incumbência de fiscalizar o cumprimento da disciplina legal urbanística.

10. Nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do art. 54º, deste diploma, a execução de obras de construção civil em desconformidade com o projecto aprovado constitui contra-ordenação, punível com coima graduada de 50.000$00 até ao máximo de 20.000.000$00, no caso de pessoa singular, ou até 50.000.000$00, no caso de pessoa colectiva (cfr. n.º 3 do preceito em causa).

11. Assim, a verificação da execução de trabalhos de construção civil em desconformidade com o projecto aprovado não pode deixar de conduzir, nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do art. 54º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, à instauração de processo contra-ordenacional.

12. A decisão de instaurar o competente procedimento contra-ordenacional constitui, perante a verificação dos necessários pressupostos, poder vinculado da câmara municipal.

13. Da conjugação das disposições dos art.s 51º e 54º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e do art. 2º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, resulta que o processamento de contra-ordenação assume, na situação em apreço, carácter vinculado uma vez que sendo a Câmara Municipal da Horta competente para o processamento da respectiva contra-ordenação e tendo comprovado a violação do disposto no art. 1º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, não pode deixar de instaurar aquele procedimento.

14. Não obstante, nos termos do disposto no art. 167º, do Regulamento Geral

das Edificações Urbanas, pode ser requerida a legalização dos trabalhos realizados em desrespeito pelas pertinentes disposições urbanísticas.

15. No entanto, a legalização destes trabalhos de construção civil apenas poderá ocorrer caso se "reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade" (cfr. art. 167º, n.º 1, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

16. A legalização das obras realizadas em desconformidade com os termos da licença é o único meio de evitar a demolição dos trabalhos ilicitamente erigidos (cfr. corpo do mencionado art. 167º) mas somente se se verificar a susceptibilidade dos trabalhos realizados virem a conformar-se com as disposições relativas a urbanização, estética, segurança e salubridade. Caso não possa ser evitada, nos termos do disposto no mencionado artigo, por não estarem reunidas as condições para a legalização, a consequência será, obrigatoriamente, a demolição dos trabalhos realizados sem a necessária licença camarária, ao abrigo do disposto no art. 165º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

17. Importa lembrar V.Exa. que a legalização das obras (prevista no Regulamento Geral das Edificações Urbanas) constitui uma faculdade diferente do aditamento ao projecto inicial (que segue os trâmites do Regime Jurídico do Licenciamento das Obras Particulares) ou da apresentação de novo projecto.

18. No caso em apreço, tendo sido realizadas obras particulares em desconformidade com os termos do alvará de licença existe a possibilidade de legalização das obras, nos termos do disposto no n.º 1, do art. 167º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, caso se "*reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade*" (cfr. 167º, n.º 1, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

19. Esta legalização das obras realizadas em desconformidade com a licença é o único meio de evitar a demolição dos trabalhos ilicitamente erigidos (cfr. corpo do mencionado art. 167º).

20. Nos termos do disposto no art. 57º, V.Exa., senhor Presidente da Câmara Municipal da Horta, é competente para embargar as obras executadas em violação à disciplina constante do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro. Acresce que, nos termos do disposto no art. 59º, do mesmo diploma, o desrespeito do acto administrativo que determine o embargo constitui crime de desobediência.

21. Por fim, chamo a atenção de V.Exa. para a necessidade de ser assegurada a efectivação dos direitos de participação e de colaboração da Administração com os

particulares (*vide* art.s 7º e 8º, do Código do Procedimento Administrativo), para além da concretização do direito à informação (art. 61º e seg.s) o que, no caso em apreço, se concretiza mediante resposta escrita às solicitações dos interessados.

II
Conclusões

22. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do ponder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A) Que seja instaurado processo contra-ordenacional, face à verificação de que a proprietária do edifício sito na Rua Advogado Graça, na Horta, fez obras de construção civil em desconformidade com os termos da licença camarária emitida em 26/01/96;

B) Que seja determinado o embargo das obras executadas edifício sito na Rua Advogado Graça, na Horta, em desconformidade com os termos da licença camarária emitida em 26/01/96;

C) Que, caso tal seja requerido, seja ponderada a susceptibilidade das obras realizadas satisfazerem os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade, por forma a ser promovida a legalização daqueles trabalhos de construção civil;

D) Que, caso não estejam reunidas as condições urbanísticas, de estética, de segurança ou de salubridade indispensáveis para a legalização, seja promovida a demolição dos trabalhos realizados em desconformidade com os termos da licença camarária emitida em 26/01/96.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de São Roque do Pico

R-486/97
Rec. n.º 7/A/98
1998.02.20

I
Exposição de Motivos

Os Factos

1. O provedor de justiça recebeu uma reclamação relativa ao funcionamento de estabelecimento de restauração sito na Estrada Regional, Cais do Pico, ao Km 20.200.

2. Nos termos da queixa, da cozinha do mencionado restaurante eram emitidos cheiros e fumos que afectavam gravemente os moradores dos edifícios vizinhos. Acrescidamente, ainda segundo a reclamação, o proprietário do estabelecimento instalou um grelhador industrial, a cerca de 3 metros de distância das janelas de edifício de habitação, agravando substancialmente a situação incomodativa preexistente.

3. Pelo ofício n.º 390, de 18/09/97, este Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) solicitou esclarecimentos à Câmara Municipal de São Roque do Pico, os quais foram prestados, através do ofício n.º 2968/G/683/DO, de 07/11/97, nos seguintes termos:

a) A reclamação era procedente, uma vez que a "situação não era do conhecimento [da] Câmara Municipal, [tendo sido] imediatamente comunicado ao (...) proprietário (...) que teria de pedir o licenciamento do grelhador industrial existente";

b) A Câmara Municipal de São Roque do Pico solicitou uma vistoria aos serviços da Delegação de Saúde;

c) A Autoridade de Saúde Concelhia efectuou uma vistoria ao local tendo verificado:

"a existência duma edificação, em plena utilização, destinada à confecção de produtos alimentares grelhados (Grill) cuja construção e utilização nunca foram submetidas a parecer [da] Delegação de Saúde.

Quanto às instalações originais (...) que o sistema de evacuação de fumos provenientes da cozinha não está em conformidade com os artigos 112º, 113º e 114º do Decreto-Lei n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951 (RGEU), em consequência de o proprietário (...) ter procedido à construção de um alpendre, acoplado à fachada posterior do estabelecimento, onde se encontrava instalado a conduta de evacuação dos fumos, tornando-a, por isso, ineficiente e com isso, poder ocasionar difusão dos fumos para as edificações vizinhas" (cfr. ofício da Delegação de Saúde do Centro de Saúde de S. Roque do Pico, n.º 1425/97, de 16/10/97);

d) Em conclusão, a Autoridade de Saúde Concelhia fez "apreciação sanitária" nos termos da qual

"o projecto não se encontrava em conformidade com o Regulamento Geral

das Edificações Urbanas, Decreto-Lei n.º 38382 de 7 de Agosto de 1951, no que concerne ao Capítulo VI Evacuação de fumos e gases, Artigos 112º, 113º, para obter o licenciamento" (cfr. ofício da Delegação de Saúde do Centro de Saúde de S. Roque do Pico, n.º 1448, de 27/10/97).

4. Pelo ofício n.º 614, de 20/11/97, este Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) solicitou esclarecimentos adicionais à Câmara Municipal de São Roque do Pico. Em especial, a autarquia foi inquirida sobre:

- A instauração de procedimento contra-ordenacional, em virtude da execução das obras sem o necessário licenciamento municipal;
- A utilização do grelhador reclamado;
- As medidas eventualmente tomadas em ordem a mitigar a produção de gorduras e a emissão de cheiros para os edifícios vizinhos, durante o período de legalização dos trabalhos.

5. Através do ofício n.º 3252/G/728/DO, de 05/12/97, a Câmara Municipal de São Roque do Pico prestou as seguintes informações:

a) Não fora instaurado procedimento contra-ordenacional;

b) O grelhador não se encontrava em funcionamento;

c) Fora "colocado um tubo, com a altura de 3,0 metros, e com a secção de 3,1416 cm², tubo este que não satisfaz o que o Regulamento Geral das Edificações Urbanas exige, nos seus artigos 112º, e, 113º, assunto este, que já foi comunicado ao dono do Snack-Bar Serpa, assim como foi também comunicado, o teor do art. 114º, do mesmo Regulamento, artigo este que poderá ser salvaguardado aquando do possível licenciamento do grelhador".

O Direito

6. O Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro - cuja redacção foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro - estabelece o regime jurídico das obras particulares e define, como princípio geral, a obrigatoriedade de licenciamento camarário de todas as obras de construção civil, designadamente a construção de novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações [cfr. art. 1º, n.º 1, alínea a)].

7. O exercício das competências de polícia administrativa por parte das câmaras municipais resultava já da disciplina do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, que dispõe que a

execução de novas edificações "*não pode ser levada a efeito sem prévia licença das câmaras municipais, às quais incumbe também a* [sua] *fiscalização*" (cfr. art.s 1º e 2º).

8. De igual modo, o art. 51º, do citado Decreto-Lei n.º 445/91, atribui às câmaras municipais a incumbência de fiscalizar o cumprimento das disposições do regime legal urbanístico.

9. Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 54º, deste diploma, a execução de obras de construção civil sem a respectiva licença de construção constitui contra-ordenação, punível com coima graduada de 100.000$00 até ao máximo de 20.000.000$00, no caso de pessoa singular, ou até 50.000.000$00, no caso de pessoa colectiva (cfr. n.º 2 do preceito em causa).

10. Assim, a verificação da execução de trabalhos de construção civil, designadamente a construção de novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações, não pode deixar de conduzir, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 54º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, à instauração de processo contra-ordenacional.

11. A incumbência de fiscalização do cumprimento das disposições do conferida, no presente caso, à Câmara Municipal de São Roque do Pico, vem acompanhada, como já referi, da competência para o processamento das contra-ordenações respectivas. E a decisão de instaurar o competente procedimento contra-ordenacional constitui, perante a verificação dos necessários pressupostos, poder vinculado da câmara municipal.

12. Com efeito, a limitação da discricionariedade não se esgota, porém, na tutela do interesse público a prosseguir, antes de estendendo a todos os demais princípios a que a acção administrativa se encontra vinculada e, em especial no caso presente, aos princípios da legalidade, da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da proporcionalidade, da colaboração da Administração com os particulares e da desburocratização e eficiência.

13. Assim, da conjugação das disposições dos art.s 51º e 54º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e do art. 2º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, resulta que o processamento de contra-ordenação assume, na situação em apreço, carácter vinculado.

14. Na verdade, sendo a Câmara Municipal de São Roque do Pico competente para o processamento da respectiva contra-ordenação, e tendo comprovado a violação do disposto no art. 1º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e, acrescidamente, do disposto nos art.s 112º, 113º e 114º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, não pode deixar de ser instaurado aquele procedimento.

15. Não obstante, nos termos do disposto no art. 167º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, pode ser requerida a legalização dos trabalhos realizados em desrespeito pelas pertinentes disposições urbanísticas.

16. No entanto, a legalização destes trabalhos de construção civil apenas poderá ocorrer caso se "reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade" (cfr. art. 167º, n.º 1, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

17. A legalização das obras realizadas sem licença é o único meio de evitar a demolição dos trabalhos ilicitamente erigidos (cfr. corpo do mencionado art. 167º) mas somente se se verificar a susceptibilidade dos trabalhos realizados virem a conformar-se com as disposições relativas a urbanização, estética, segurança e salubridade. Caso não possa ser evitada, nos termos do disposto no mencionado artigo, por não estarem reunidas as condições urbanísticas, de estética, de segurança ou de salubridade para a legalização, a consequência será, obrigatoriamente, a demolição dos trabalhos realizados sem a necessária licença camarária, ao abrigo do disposto no art. 165º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

II
Conclusões

18. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do ponder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

À Câmara Municipal de São Roque do Pico:

A) Que seja instaurado processo contra-ordenacional, face à verificação de que o proprietário do estabelecimento de restauração sito na Estrada Regional, Cais do Pico, ao Km 20.200, realizou obras de construção civil sem o necessário licenciamento camarário;

B) Que, caso tal seja requerido e se reconheça que as obras realizadas são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade seja promovida a legalização daqueles trabalhos de construção civil;

C) Que, caso não estejam reunidas as condições urbanísticas, de estética, de segurança ou de salubridade indispensáveis para a legalização, seja promovida a demolição dos trabalhos realizados sem a necessária licença camarária.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional dos Açores

R-4475/96
Rec. n.º 8/A/98
1998.03.10

I
Exposição de Motivos

As reclamações

1. Foi instruído, na Extensão da Provedoria de Justiça na Região Autónoma dos Açores, um processo aberto com reclamação relativa ao estatuto remuneratório do pessoal docente.

2. Os diversos queixosos - uma vez que à queixa inicial foram-se somando, com idêntico objecto, outras reclamações - reclamavam do facto do índice remuneratório fixado nos contratos administrativos do pessoal docente em exercício transitório de funções (portadores de grau académico superior [licenciatura] mas sem

habilitação própria para o grupo em que leccionam) ser, na Região Autónoma dos Açores, o 84, enquanto que, no Continente e nas mesmas condições, aquele índice é o 120.

3. O Gabinete de Vossa Excelência, senhor Presidente, prestou informações sobre as situações reclamadas através do ofício n.º 1549, de 11/07/97, nos termos do qual "*de acordo com o disposto no artigo 59º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, aplicado à Região Autónoma dos Açores com as adaptações introduzidas pelo Decreto Legislativo Regional n.º 17/90/A, de 6 de Novembro, "as remunerações dos docentes abrangidos pelo presente Estatuto, designadamente dos que exercem funções em regime de contrato administrativo de provimento, são as previstas nos anexos constantes do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro"*". Esclareceu, ainda, que "*este diploma, que aprovou o estatuto remuneratório do pessoal docente, no n.º 3 do artigo 12º, determina que "ao exercício de funções docentes em regime de contrato administrativo de provimento corresponderá remuneração a fixar no respectivo contrato, a qual não poderá ser inferior ao vencimento dos docentes integrados na carreira, em escalão equiparável*", acrescentando "*docentes integrados na carreira em conformidade com as habilitações consideradas como próprias e suficientes para a leccionação, e constantes do Despacho Normativo n.º 32/84, de 9 de Fevereiro*".

4. Por fim, uma vez que "os reclamantes leccionam (...) possuindo como habilitações académicas licenciaturas que, de harmonia com o supracitado despacho normativo, não conferem habilitação própria para os grupos de docência que lhes foram distribuídos", concluía que este "pessoal docente sem habilitação própria é remunerado pelo Índice 84 do anexo III do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro, como resulta da conjugação do artigo 18º deste diploma com o mapa anexo ao Decreto-Lei n.º 100/86, de 17 de Maio".

5. Segundo informação recolhida junto do Gabinete do Secretário de Estado da Administração Educativa, no Continente "o índice remuneratório fixado nos contratos administrativos do pessoal docente em exercício transitório de funções é o 120, nos termos do n.º 3 do art. 12º do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro (...)" (cfr. ofício n.º 5949, de 11/11/97).

6. Por forma a dissipar quaisquer dúvidas, foi averiguada a situação concreta de um dos reclamantes que, sendo licenciado em economia, lecciona no 1º grupo

(Matemática):

- Na Região Autónoma dos Açores, o seu índice remuneratório é, actualmente, o 84;
- No Continente, aquele queixoso foi remunerado, no ano lectivo 1996/97, com base no índice 120.

7. Importa, em consequência, fazer a análise das normas jurídicas pertinentes por forma a verificar se a discrepância apontada se justifica e, em caso negativo, descortinar uma solução.

O Direito

O Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril

8. O Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, que aprovou o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, estipula, no art. 59: (epigrafado "*escala indiciária*") do capítulo sobre remunerações, que "*as remunerações dos docentes abrangidos pelo (...) Estatuto, designadamente dos que exercem funções em regime de contrato administrativo de provimento, são as previstas nos anexos constantes do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro*".

O Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro e o Decreto-Lei n.º 100/86, de 17 de Maio

9. Este diploma - o Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro - aprovou o Estatuto Remuneratório do Pessoal Docente. No capítulo relativo a remunerações (Capítulo III), o n.º 3 do art. 12º (intitulado, igualmente, "*escala indiciária*") dispõe que "*ao exercício de funções docentes em regime de contrato administrativo de provimento corresponderá remuneração a fixar no respectivo contrato, a qual não poderá ser inferior ao vencimento dos docentes integrados na carreira, em escalão equiparável*".

10. O Capítulo IV ("*disposições transitórias*") contém normas relativas à transição dos docentes da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário para o novo estatuto remuneratório. O art. 18º, sob a epígrafe "*transição dos docentes dos níveis 5 e 7*", refere que "*os docentes que se encontram nos níveis de qualificação 5 e 7 do mapa anexo ao Decreto-Lei n.º 100/86, de 17 de Maio, transitam nos termos*

previstos no anexo III ao presente diploma".[35]

11. O anexo III é do seguinte teor:

Nível 5
Novo sistema retributivo

Letra de vencimento em 30 de Setembro de 1989	Índices
H	97(a), 99(b), 101(c).
I	84(d), 88(e), 91(f), 94(g), 95(h), 97(i).
J	72.

[35] De notar que, em virtude da publicação do Decreto-Lei nº 1/98, de 2 de Janeiro, passou a ser esta a redacção do artigo 59º: «as remunerações dos docentes abrangidos pelo presente Estatuto, designadamente dos que exercem funções em regime de contrato administrativo, são definidas em diploma próprio».

Nível 7
Novo sistema retributivo

Letra de vencimento em 30 de Setembro de 1989	Índices
G_2	100.
G_3	108.
G_4	108.
H	(j).
I	(j).

(a) H com zero a três diuturnidades.
(b) H com quatro diuturnidade.
(c) H com cinco diuturnidades.
(d) I com zero diuturnidades.
(e) I com uma diuturnidade.
(f) I com duas diuturnidades.
(g) I com três diuturnidades.
(h) I com quatro diuturnidades.
(i) I com cinco diuturnidades.
(j) Transição nos termos do nível 5.

12. O art. 7º, do Decreto-Lei n.º 100/86, de 17 de Maio, ("categoria e níveis de qualificação") dispõe que "as categorias, níveis de qualificação e vencimentos do pessoal docente (...) são os constantes do mapa anexo ao presente diploma".

Níveis de qualificação	1º fase		2ª fase	3ª fase	4ª fase	5ª fase	6ª fase
	Pessoal docente não profissionalizado	Pessoal docente profissionalizado					
Nível 1:							
Pessoal docente dos ensinos preparatório e secundário com habilitação própria de grau superior ou equivalente e pessoal docente equiparado	G	F	E	D	C	B	A
Nível 2:							
Pessoal docente dos ensinos preparatório e secundário com habilitação própria sem grau superior	J	I	H	G	F	E	D
Nível 3:							
Professores do ensino primário e educadores de infância	-	I	H	F	E	D	C
Nível 4:							
Ex-regentes com curso especial	-	L	K	I	G	F	-
		1º escalão	2ºescalão	3º escalão			
Nível 5:							
Pessoal docente sem habilitação própria com: a) Habilitação de grau superior ou o 3º ano completo de um curso superior	-	I	H	G	-	-	-
b) Habilitação de grau não superior	-	J	I	H	-	-	-
Nível 6:							
Regentes escolares	-	M	L	I	-	-	-
Nível 7:							
Monitores do CPTV	-	I	H	G	-	-	-

A Circular n.º 16/91, da Direcção-Geral da Administração Escolar

13. As "*dúvidas e problemas de aplicação*"[36] que, na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro e do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, importava esclarecer, motivaram a elaboração da Circular n.º 16/91, da Direcção-Geral da Administração Escolar.

14. Em especial, são relevados dois aspectos: o conceito de transição [que, nos termos do disposto na alínea a) do ponto 3., apenas é relativo aos docentes que se encontravam no sistema em 01/10/89] e o entendimento, constante da alínea c) do ponto 5.3., segundo o qual o pessoal docente que, à data da transição ainda não estava contratado, recebe pelo escalão equiparável da carreira, no seguimento do disposto no n.º 3 do art. 12º do Decreto-Lei n.º 409/89.

15. Assim, aplicar-se-iam os seguintes índices remuneratórios:

	1990	1991	1992
Licenciados	107	116	120
Bacharéis	80	80	80

A análise crítica

16. O facto do índice remuneratório fixado nos contratos administrativos do pessoal docente em exercício transitório de funções ser, na Região Autónoma dos Açores, o 84 e, no Continente, o 120, resulta da circunstância da administração regional aplicar, cumulativamente, o art. 12º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro, e o art. 18º, da mesmo diploma. Não obstante, e como tentarei demonstrar, a aplicação simultânea das duas normas não se justifica - nem, tão pouco, é conciliável.

17. Com efeito, o Estatuto Remuneratório do Pessoal Docente contém, no capítulo relativo a remunerações (Capítulo III), o art. 12º (intitulado, igualmente, "*escala indiciária*"), cujo n.º 3 dispõe que a remuneração a fixar no contrato administrativo de provimento relativo ao exercício de funções docentes não poderá ser inferior ao vencimento dos docentes integrados na carreira, em escalão equiparável.

18. Com âmbito diferente, o art. 18º, no Capítulo IV ("*disposições transitórias*") e sob a epígrafe "*transição dos docentes dos níveis 5 e 7*", é relativo aos docentes que, em 01/10/89, encontravam-se nos níveis de qualificação 5 e 7, de acordo com o mapa anexo ao Decreto-Lei n.º 100/86, de 17 de Maio.

[36] Cfr. ponto 1., in fine, da mencionada Circular.

19. Os reclamantes do presente processo são docentes em exercício transitório de funções, portadores de grau académico superior (licenciatura) mas sem habilitação própria para o grupo em que leccionam, que celebraram contratos administrativos de provimento. A sua situação é subsumível ao disposto no art. 12, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro.

20. Como foi atrás referido, o art. 18º de que tenho vindo a falar está integrado no Capítulo IV *("Disposições transitórias*") do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro, que contém normas relativas à transição dos docentes da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário para o novo estatuto remuneratório. Ou seja: a sua aplicação justificar-se-ia apenas no caso dos docentes já se encontrarem contratados à data da transição o que, manifestamente, não é o caso dos professores que leccionam ao abrigo de contratos administrativos de provimento.

21. Como também já referi[37] , a Circular n.º 16/91, da Direcção-Geral da Administração Escolar, define com clareza os termos da aplicação do regime de transição. Não obstante o seu carácter meramente interpretativo, tê-la-emos em consideração: "*o conceito de transição só se aplica aos docentes que se encontravam no sistema em 1.10.89 e, portanto, auferiam uma remuneração estabelecida de acordo com o mapa anexo ao Decreto-Lei n.º 100/86, de 17 de Maio*".

22. Assim sendo, existe a necessidade de considerar separadamente a situação dos professores:

a) Contratados antes de 01/10/89;

b) Contratados depois de 01/10/89;

c) Em exercício transitório de funções ao abrigo de contrato administrativo, portadores de grau académico superior (licenciatura) mas sem habilitação própria para o grupo em que leccionam.

23. Os docentes contratados antes de 01/10/89 eram remunerados de acordo com as disposições constantes do mapa anexo ao Decreto-Lei n.º 100/86, de 17 de Maio. Foi-lhes aplicado, então, o regime vertido nos art.s 14º a 27º, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro. E, como já ficou dito, "*os docentes que se* [encontravam] *nos níveis de qualificação 5 e 7 do mapa anexo ao Decreto-Lei n.º 100/86, de 17 de Maio,* [transitaram] *nos termos previstos no anexo III ao presente diploma*" (*vide* art.

[37] Cfr. infra, ponto 14.

18º, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro).

24. Situação diferente ocorre se tivermos em consideração o pessoal docente contratado depois de 01/10/89. Com efeito, a argumentação expendida no ponto anterior em nada aproveitará aos docentes que apenas foram contratados depois da entrada em vigor do novo estatuto remuneratório. Para estes não há qualquer período de transição, pelo que não terão aplicação as disposições (transitórias) do Capítulo IV: eles serão integrados *ex novo* no (novo) estatuto remuneratório; e, por essa razão, para estes docentes não terá aplicação o disposto no art. 18º, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro.

25. No caso que motivou a formulação da presente Recomendação - professores em exercício transitório de funções, portadores de grau académico superior (licenciatura) mas sem habilitação própria para o grupo em que leccionam -, estamos em presença de docentes com contratos administrativos de provimento a cuja situação se aplica o disposto no art. 12, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro.

26. Independentemente da análise da questão - que agora se não fará - da susceptibilidade de aplicação da mencionada Circular n.º 16/91, da Direcção-Geral da Administração Escolar à Região Autónoma dos Açores, importa relembrar o disposto no art. 12º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro: "*ao exercício de funções docentes em regime de contrato administrativo de provimento corresponderá remuneração a fixar no respectivo contrato, a qual não poderá ser inferior ao vencimento dos docentes integrados na carreira, em escalão equiparável*". À luz deste preceito, o pessoal docente em exercício transitório de funções ao abrigo de contrato administrativo, portador de grau académico superior mas sem habilitação própria para o grupo em que lecciona, recebe pelo escalão equiparável da carreira.

27. Daí, a aplicação dos seguintes índices salariais:

Licenciados	120
Bacharéis	80

28. Finalmente, é bom de lembrar, a distinção essencial que hoje se verifica, no tocante ao índice remuneratório dos docentes, é entre licenciados e bacharéis[38] [39].

[38] Com efeito, o art. 7º, do Decreto-Lei nº 409/89, de 18 de Novembro, preconiza a distinção ao referir «os docentes profissionalizados com bacharelato ingressam no 1º escalão da carreira docente» (nº 1) e «os docentes profissionalizados com licenciatura ingressam no 3º escalão da carreira docente» (nº 2).

29. Nesta situação, os índices salariais de referência são o 80 e o 120, uma vez que são esses os índices de vencimento dos escalões de ingresso dos docentes bacharéis (índice 80, correspondente ao período probatório[40] do 1º escalão) e dos docentes licenciados (índice 120, correspondente ao período probatório do 3º escalão).

II

Conclusões

30. No exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril, e atendendo a que:

Aos professores em exercício de funções docentes em regime de contrato administrativo de provimento, deve ser aplicado o disposto no art. 12º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro;

Por essa via, a remuneração fixada nos respectivos contratos não pode ser inferior ao vencimento dos docentes integrados na carreira, em escalão equiparável;

O escalão equiparável na carreira é o 120, para os licenciados e o 80, para os bacharéis;

Recomendo

Que o pessoal docente em exercício transitório de funções ao abrigo de contrato administrativo, portador de grau académico superior mas sem habilitação própria para o grupo em que lecciona, seja remunerado, na Região Autónoma dos Açores, pelo índice salarial 120.

Recomendação acatada

[39] Cfr., a este propósito, a anotação ao ponto 6.1. da Circular nº 16/91, da Direcção-Geral da Administração Escolar, «o Decreto-Lei nº 409/89 cria no estatuto remuneratório da carreira docente uma distinção fundamental entre licenciados e bacharéis a que correspondem, na prática, duas sub-carreiras:
1. os docentes bacharéis ingressam na carreira no 1º escalão e terminam a carreira no 9º escalão (nº 1 do art. 7º e nº 1 do art. 10º)
2. os docentes licenciados ingressam na carreira no 3º escalão e terminam a carreira no 10º escalão (nº 2 do art. 7º e nº 1 do art. 11º)

[40] Ou seja: o primeiro ano do escalão de ingresso na carreira dos docentes com qualificação profissional para a docência.

À
Exma. Senhora
Directora Regional de Educação

R-3987/96
Rec. n.º 9/A/98

I
Exposição de Motivos

1. Em 25/09/96, foi dirigida uma reclamação ao provedor de justiça relativa à data da progressão na carreira da Educadora de Infância, senhora D. M....

2. Segundo a queixa, não obstante a contagem de tempo para efeitos de progressão e promoção na carreira docente (não ponderando os dias de falta por doença) da Educadora de Infância, senhora D. M..., dever ter apurado como data da progressão o dia 06/01/95, fora estipulado como data de progressão o dia 17/02/95.

3. Nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro, que estabelece normas relativas ao estatuto remuneratório do pessoal docente da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário, os módulos de tempo de serviço dos escalões da carreira docente têm a duração de:

1º escalão - 3 anos;

2º escalão - 3 anos;

3º escalão - 5 anos;

4º escalão - 4 anos;

5º escalão - 4 anos;

6º escalão - 4 anos;

7º escalão - 3 anos;

8º escalão - 3 anos;

9º escalão - 6 anos (cfr. art. 8º).

4. O art. 9º dispõe que a progressão nos escalões se faz por decurso de tempo de serviço efectivo prestado em funções docentes, por avaliação de desempenho e pela frequência com aproveitamento de módulos de formação (cfr. n.º 1) e que a progressão ao escalão seguinte produz efeitos no dia 1 de mês seguinte ao da verificação do tempo de serviço efectivo necessário à progressão (cfr. n.º 2).

5. Apesar de, em 2 de Janeiro p.p., o Decreto-Lei n.º 1/98 ter procedido à alteração do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, à data da reclamação vigorava o diploma na sua redacção inicial.

6. O Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril (o qual foi adaptado à Região Autónoma dos Açores pelo Decreto Legislativo Regional n.º 17/90/A, de 6 de Novembro), previa, na parte relativa ao *tempo de serviço efectivo em funções docentes* (secção I do Subcapítulo II, *Condições de acesso na carreira*), que na contagem de tempo de serviço docente efectivo prestado em cada escalão não deveria ser considerado, para efeitos de progressão, a totalidade dos períodos de ausência, nos casos em que esta excedia o produto do número de anos de escalão por 7 semanas (cfr. art. 37º, n.º 2).

7. A Circular Informativa n.º 5, de 17/02/97, da Direcção Regional de Educação, esclarece que "a menção a "semanas" contida no n.º 2 do art. 37º do Estatuto da Carreira Docente, deve entender-se como referida a 7 dias, pelo que o tempo correspondente à expressão "sete semanas" é de 49 dias" (cfr. n.º 1).

8. Esta circular veio alterar a redacção da Circular Informativa n.º 39, de 19/04/94, também da Direcção Regional de Educação, que dispunha, no seu n.º 3, que "*a menção a "semanas" deverá entender-se como referida aos cinco dias úteis de trabalho em que se desenvolve o horário semanal dos docentes, por força do expressamente determinado no n.º 2 do art. 76º do Estatuto da Carreira Docente, pelo que o tempo correspondente à expressão "sete semanas" é de 35 dias*".

9. Nos termos da queixa, durante o ano lectivo de 1993/1994 a Educadora de Infância, senhora D. M..., terá faltado por motivo de doença, nos seguintes dias:

- De 25 a 31 de Janeiro de 1994;
- De 01 a 04 de Fevereiro de 1994;
- De 21 a 28 de Fevereiro de 1994;
- De 01 a 31 de Março de 1994;

- De 01 de 30 de Abril de 1994;

- De 01 de 31 de Maio de 1994;

- De 01 de 03 de Junho de 1994.

10. O processo em instrução na Provedoria de Justiça não contém elementos que habilitem este Órgão do Estado a uma análise da situação concreta da Educadora de Infância, senhora D. M.... Com efeito, não obstante a reclamação fazer referência aos períodos de tempo em que a interessada não prestou serviço docente efectivo, desconhece-se a data em que, em condições normais, teria ocorrido a progressão na carreira.

11. Por outro lado, também não se sabe se devem ser ponderadas outras ausências, diferentes das mencionadas na queixa.

12. Por fim, uma vez que exposição que a Educadora de Infância, senhora D. M..., fez a Sua Excelência o Secretário Regional da Educação e Cultura foi recebida em 27/09/95, não resulta com clareza qual versão da circular informativa que a Direcção Regional de Educação teve em conta: se a versão original da Circular Informativa n.º 39, de 19/04/94, se a versão alterada pela Circular Informativa n.º 5, de 17/02/97. De qualquer modo, sempre se adiantará não ser crível que tenha sido aplicada esta última, atendendo ao facto da Circular Informativa n.º 5 apenas ter sido emitida quase um ano e meio depois do recebimento da exposição (27/09/95-17/02/97).

13. Importando conhecer as diligências asseguradas pela Direcção Regional de Educação - não só por forma a apurar os factos relevantes para a decisão como, igualmente, para comunicar à reclamante essas informações - em 20/11/97 foi enviado a V.Exa. o ofício n.º 640 no qual se questionava o encaminhamento dado à exposição da senhora D. M... e as conclusões apuradas na apreciação da matéria objecto da reclamação.

14. Em resposta, foi recebido o ofício n.º 28309, de 04/12/97, do seguinte teor:

> " na sequência do ofício supra referenciado, junto se remete a V.Exa. cópia das Circulares Informativas n.ºs 39, de 94/04/19, e n.º 5, de 97/02/17, e dos ofícios n.ºs 28802, de 95/11/23 e 21696, de 97/09/11, respeitantes ao assunto em epígrafe, que contêm a resposta fundamentada ao pretendido pela docente em questão".

15. O ofício era acompanhado de cópias da primeira página da Circular Informativa n.º 39, de 19/04/94; da Circular Informativa n.º 5, de 17/02/97; de ofício, com número ilegível e sem data, da senhora Directora de Serviços dirigido ao senhor Director Escolar de Ponta Delgada; e do ofício n.º 28802, de 23/11/95, também da

senhora Directora de Serviços dirigido ao senhor Director Escolar de Ponta Delgada.

16. Não obstante ter-se dado conta destes esclarecimentos à interessada (cfr. ofício n.º 89, de 23/01/98), subsistia a necessidade de conhecer as diligências asseguradas pela Direcção Regional de Educação no apuramento dos factos relevantes para a decisão e na comunicação à senhora D. M....

17. Pelo ofício n.º 88, de 23/01/98, foi V.Exa. esclarecida das competências deste Órgão do Estado na averiguação da regularidade das decisões reclamadas e na análise dos procedimentos de notificação aos interessados. Naquele contexto, como então era referido, constituía preocupação central a fundamentação do acto administrativo e concluía-se pedindo que fosse dado conhecimento à Provedoria de Justiça (Extensão da Região Autónoma dos Açores) do "*teor da resposta dada à exposição feita, em Fevereiro de 1996, pela interessada*".

18. De novo, a Direcção Regional da Educação remeteu a este Órgão do Estado cópia de ofícios (alguns dos quais haviam já sido enviados a coberto do ofício n.º 28309, de 04/12/97) e cópia de diplomas legais aplicáveis. Porém, uma vez mais, não era dado conhecimento de qualquer documento informando a senhora D. M... das razões de facto e de direito que conduziram ao indeferimento do pedido feito em Fevereiro de 1996.

19. Tal circunstância é tanto mais incompreensível quanto se verifica que a proposta do senhor Subdirector Escolar (cfr. ofício n.º 4321, de 16/08/96) considerava que "*a referida reclamação parece ser de considerar (...)*". Assim, apenas posso qualificar como, no mínimo, insuficiente a argumentação, expendida em resposta, nos termos da qual "*(...) as progressões são feitas tendo em conta o disposto no artigo 37º do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, pelo que não é de alterar a data de progressão ao 3º escalão (...)*" (cfr. ofício da senhora Directora de Serviços com número ilegível e sem data).

20. Devo realçar que, não obstante as diversas solicitações feitas nesse sentido, a Provedoria de Justiça ainda desconhece em absoluto a forma e os termos em que a resposta foi prestada à senhora D. M....

21. Nos termos do disposto no art. 122º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro (que aprovou o Código do Procedimento Administrativo), os actos administrativos devem, em regra, ser praticados por escrito. Acresce que, porque praticada na sequência de proposta de sentido contrário, a decisão administrativa (de indeferir o pedido de alteração da data da progressão ao 3º escalão) carecia, nos

termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 124º, do Código do Procedimento Administrativo, de fundamentação.

22. Ao concretizar os requisitos da fundamentação do acto administrativo, o art. 125º, ainda do Decreto-Lei n.º 442/91, esclarece que esta "*deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão*" (cfr. n.º 1, 1º parte).

23. É claramente insuficiente a declaração constante do supra citado ofício da senhora Directora de Serviços "(...) as progressões são feitas tendo em conta o disposto no artigo 37º do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, pelo que não é de alterar a data de progressão ao 3º escalão (...)". Aliás,o sentido unívoco da expressão "tendo em conta o disposto no art. 37º" é posto em causa pela circunstância de, sobre o seu entendimento, terem sido emitidas, em menos de cinco anos, duas circulares propugando entendimentos discordantes.

24. No caso da informação transmitida à interessada ter correspondido àquela constante do ofício da senhora Directora de Serviços que tenho vindo a referir (facto que é de aceitar, uma vez que este ofício determina, a final, "*do teor deste ofício, dê-se conhecimento à docente*"), estamos em presença de uma situação de fundamentação obscura, uma vez que os seus termos não permitem conhecer de forma clara o processo intelectual que conduziu à decisão.

25. Por outro lado, inexiste, em absoluto, fundamentação de facto. Com efeito, importava que a Direcção Regional de Educação - através da senhora Directora de Serviços ou do senhor Director Escolar de Ponta Delgada - apurasse a data em que operara a progresão e a transmitisse à destinatária fazendo uso de elementos que permitissem "*conhecer o itinerário cognoscitivo e valorativo*" (*vide* Ac. S.T.A., de 06/02/90, Acórdãos Doutrinais, 351, pág. 339).

26. Em suma, esperar-se-ia que a interessada tivesse recebido comunicação em que se fizesse referência:

a) ao quadro legal aplicável;

b) ao total do número de dias de falta por doença que descontam na antiguidade para efeitos de carreira;

c) à data em que, em condições normais, ocorreria a progressão na carreira;

d) à data em que efectivamente (atendendo aos dias de falta) ocorreu a progressão;

e) ao procedimento intelectual que, partindo dos factos e atendendo ao direito, chegara àquela conclusão.

27. Particularmente relevante para a interessada teria sido, com toda a certeza,

a explicação do processo de aplicação do disposto no n.º 2 do art. 37º, do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, que propugnava que na contagem de tempo de serviço docente efectivo prestado em cada escalão não deveria ser considerado, para efeitos de progressão, a totalidade dos períodos de ausência, nos casos em que esta excedia o produto do número de anos de escalão por 7 semanas. Uma vez que mesmo os serviços da Direcção Regional de Educação revelaram ter desconhecimento sobre o entendimento desta disposição - atendendo a que o senhor Subdirector Escolar considerava que a reclamação procedente (cfr. ofício n.º 4321, de 16/08/96) - não é de estranhar que dúvida se estendesse à senhora D. M....

28. Nos casos em que é obrigatória, a falta de fundamentação gera vício de forma que invalida o respectivo acto administrativo. A falta de fundamentação do acto de verificação do tempo de serviço efectivo necessário à progressão na carreira da Educadora de Infância, senhora D. M..., torna-o anulável (*vide* arts. 133º, *a contrario*, e 135º, do Código do Procedimento Administrativo).

29. Nos termos do disposto no art. 28º, da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos (*ex vi* art. 141º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo), o acto em causa não é susceptível de revogação uma vez que, não tendo sido interposto recurso contencioso (este facto não é referido na reclamação nem, tão pouco, nas respostas da entidade visada), aquela apenas poderia ocorrer até ao termo do prazo que a lei confere ao Ministério Público para o interpor (um ano, a contar da data da prática do acto ou da sua publicação, quando for obrigatória).

30. Uma vez que a afixação da listagem dos docentes que progrediram de escalão em que se incluía a interessada verificou-se em 11/01/96 (nos termos do disposto no art. 9º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 409/89, de 18 de Novembro, esta afixação é trimestral), a possibilidade de revogação terá cessado em 11/01/97.

31. Ainda assim, a aplicação dos *princípios de boa administração* deve levar a Direcção Regional de Educação a explicitar à interessada, de forma cabal e inequívoca, o raciocínio da Administração. E isto porque, como referido no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 04/03/87, "*os actos administrativos devem apresentar-se formalmente como disposições conclusivas lógicas de permissas correctamente desenvolvidas e permitir, através da exposição sucinta dos factos e das regras jurídicas em que se fundam, que os seus destinatários concretos, pressupostos cidadãos diligentes e cumpridores da lei, façam a reconstituição do itinerário cognoscitivo e valorativo percorrido pela entidade decidente*" (cfr. Acórdãos Doutrinais, 319, pág.

849).

II
Conclusões

32. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que a Direcção Regional de Educação produza documento escrito dirigido à senhora D. M... informando das razões de facto e de direito (através da exposição sucinta dos factos e das regras jurídicas em que se fundam) que conduziram ao apuramento do dia 17/02/95 como data da progressão na carreira, e não o dia 06/01/95.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional dos Açores

R-3436/97
Rec. n.º 21/A/98
1998.04.06

I
Exposição de Motivos

1. Em 10/09/97, foi aberto processo na Provedoria de Justiça (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa ao corte de exemplares de *Araucaria excelsa* R Br, na cidade da Horta.

2. Nos termos da queixa, sete exemplares arbóreos teriam sido cortados, a saber:

- Árvore Ae4, localizada em Canada das Dutras;
- Árvore Ae5, localizada na Rua do Arco (acesso à Travessa de São Francisco);
- Árvore Ae6, localizada na Rua do Cônsul Dabny (Antiga Colónia Inglesa);
- Árvore Ae7, localizada na Rua do Cônsul Dabny (Antiga Colónia Inglesa, 4);
- Árvore Ae15, localizada no Largo do Duque de Ávila e de Bolama;
- Árvore Ae16, localizada na Rua de Eduardo Bulcão; e
- Árvore Ae19, localizada na Rua do Conselheiro Medeiros, 2.

3. A classificação referida reporta-se à disciplina contida no Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro.

4. No âmbito da instrução do processo e por forma a permitir a cabal averiguação dos factos reclamados foram solicitadas à senhora Directora Regional do Ambiente informações sobre as circunstâncias em que ocorreram os referidos cortes de árvores, bem como sobre as entidades consultadas e respectivos pareceres.

5. Através do ofício n.º 5877, de 17/12/97, a Direcção Regional do Ambiente prestou os seguintes esclarecimentos:

a) O abate das árvores Ae5, localizada na Rua do Arco (acesso à Travessa de São Francisco), Ae6, localizada na Rua do Cônsul Dabny (Antiga Colónia Inglesa), Ae7, localizada na Rua do Cônsul Dabny (Antiga Colónia Inglesa, 4) e Ae19, localizada na Rua do Conselheiro Medeiros, 2, foi decidido na sequência da elaboração de relatório sobre a avaliação do estado vegetativo de algumas árvores classificadas da cidade da Horta, produzido em 22/02/96 pelo senhor engenheiro silvicultor Ricardo Terra e pelo senhor engenheiro agrónomo Mário Ávila Gomes;

b) As árvores Ae4, localizada em Canada das Dutras e Ae15, localizada no Largo do Duque de Ávila e de Bolama, foram derrubadas durante a tempestade de Fevereiro de 1986;

c) O abate da árvore Ae16, localizada na Rua de Eduardo Bulcão, resultou da construção do Arquivo Público e Casa da Cultura da Horta.

6. Atendendo, em especial, ao mencionado abate do exemplar Ae16 foram oficiadas, a coberto dos ofícios n.ºs 060 e 061, ambos de 20/01/98, a Direcção Regional do Ambiente e a Câmara Municipal da Horta, relativamente ao exercício das suas competências de fiscalização (*vide* art. 6º, n.º 1, do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro) e às circunstâncias em que se processara o referido corte.

7. A Câmara Municipal da Horta informou (cfr. ofício n.º 623, de 03/02/98) que a obra de construção do Arquivo Público e Casa da Cultura da Horta não estivera sujeita a licenciamento municipal porquanto fora promovida pelo Governo Regional dos Açores, através da Direcção Regional dos Assuntos Culturais.

8. Acrescentou, por outro lado, que "o projecto apresentado não previa o corte da referida ARAUCARIA, conforme se pode verificar nas plantas e memórias (...)".

9. A senhora Directora Regional do Ambiente remeteu a este Órgão do Estado,

anexo ao ofício n.º 629, de 12/02/98, a informação n.º CFR-09, 19/03/96, do senhor Chefe da Divisão do Ordenamento da Direcção Regional do Ambiente. A mencionada informação, que mereceu, em 21/03/96, despacho de "Concordo" do senhor Secretário Regional do Turismo e Ambiente dava conta, em suma:

a) Da realização de reunião, na qual participaram o mencionado senhor Chefe de Divisão e os senhores Directores da Casa de Cultura e da Biblioteca Pública da Horta, com o objectivo de ser feita a análise da questão da "sobreposição [de] espaços ocupados (...) pela auracária protegida ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro de 1984, Ae16, da Rua Eduardo Bulcão (...)";

b) Da declaração do senhor Director da Casa de Cultura segundo a qual, "devido a um erro de implantação da auracária Ae16, ocorrido durante o levantamento topográfico do terreno, o projecto apresentado não era exequível, em virtude desta árvore, bem como de parte da área de protecção, se sobreporem com a área necessária para a construção do edifício proposto";

c) De que o senhor Director da Casa de Cultura havia apresentado uma proposta de alteração do projecto de edifício. Todavia, nos termos da informação, "*esta nova proposta em análise apresenta ainda problemas de conciliação de espaços, além de reduzir a operacionalidade interna do projecto e as condições de serviço público do mesmo.*

Os problemas de conciliação de espaços, mesmo com o projecto alterado são os seguintes:

- parte da área de protecção da auracádia fica ocupada pelos novos edifícios;
- a distância entre os ramos da árvore e os blocos do edifício é presentemente próxima de 1 metro, a qual reduzir-se-á em virtude do próprio crescimento lateral da árvore;
- As fundações dos dois blocos deverão atingir as raízes laterais da árvore, o que poderá implicar a sua fragilização em relação a tempestades ou inclusivamente danos irreversíveis que conduzam à sua morte;
- o próprio crescimento de raízes poderá afectar a estrutura do edifício a nível de estabilidade, consequências que podem ir desde a abertura de pequenas fendas ou a perturbações ainda maiores";

d) Da apresentação de três alternativas:

1ª Não ampliação do edifício para não afectar a auracádia;

2ª Ampliação do edifício com a alteração do projecto apresentado de modo a

afectar o mínimo possível a auracádia;

3ª Ampliação do edifício de acordo com o projecto inicial abatendo a auracádia.

e) Da análise das implicações da adopção de cada uma das opções.

A Informação n.º CFR-09, de 19/03/96

10. Não pode o provedor de justiça deixar de manifestar a sua estranheza pelo carácter absolutamente "não técnico" - e quase coloquial - do documento em causa. Acresce que a informação não menciona os critérios que conduziram à elaboração dos três cenários apresentados nem justifica, tão pouco, a exclusão de outros (como, por exemplo, a ponderação da transferência das instalações do Arquivo e Biblioteca Pública do Faial).

11. Como refere MICHEL PRIEUR (citado por A.J.S. LOPES DE BRITO, A protecção do ambiente e os planos regionais de ordenamento do território, Almedina, pág. 147) "o direito do ambiente está perfeitamente marcado pela sua dependência estreita com as ciências e tecnologia. A sua compreensão exige um mínimo de conhecimento científico e toda a reflexão crítica correlacionada impõe uma abordagem pluridisciplinar".

12. Não obstante, na informação n.º CFR-09 as consequências da adopção de cada uma das opções foram apresentadas mediante a enumeração de factos (ou de meras expectativas) sem qualquer fundamentação científica. Importa registar, a título de exemplo, que o senhor Chefe da Divisão do Ordenamento refere que a não ampliação do edifício implicaria, por um lado, "*reduzir o interesse da juventude pela cultura*" e, por outro, "*prolongar, por apenas mais alguns anos, a vida de uma auracária*" comentando que "*como qualquer ser vivo virá a morrer*" (*vide* pág. 3 da supra citada informação).

13. Acresce que o processo de análise comparativa das três alternativas não faz referência, e não leva em linha de conta, as disposições pertinentes do ordenamento jurídico português.

14. Por outro lado, não se sabe qual a natureza jurídica da informação em causa, ao abrigo de que competências foi elaborada nem, tão pouco, com que finalidade. Estando em causa a alteração de um projecto de arquitectura, aguardar-se-ia a participação de técnicos daquela área; questionando-se o abate de um exemplar arbóreo protegido, esperar-se-ia a intervenção de elementos com conhecimentos específicos sobre protecção da natureza; e, atendendo aos condicionalismos legislativos existentes, sempre se impunha a colaboração de participantes com

conhecimentos jurídicos.

15. O resultado foi um documento que põe em confronto, unicamente, a fruição cultural da população da ilha do Faial com o "*valor cénico*" (sic) de um exemplar de *Araucaria excelsa* R Br.

O Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro

16. Os 22 exemplares de *Araucaria excelsa* R Br existentes na cidade da Horta foram considerados, nos termos do disposto no Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro, objectos classificados.

17. Esta classificação, para além de conferir especial protecção aos exemplares designados, sujeitava as operações susceptíveis de os destruir ou danificar a um regime jurídico próprio, criado em ordem à sua salvaguarda.

18. Desde logo, os exemplares classificados tinham "*(...) como zona de protecção à sua volta uma área correspondente ao dobro da projecção 0da copa no terreno*" (*vide* art. 3º). Por outro lado, ficavam proibidas quaisquer operações que pudessem destruir ou danificar os exemplares, constituindo contra-ordenações o corte do tronco, ramos ou raízes [*vide* art. 4º, n.º 1, alínea a), Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A]; a remoção terras ou qualquer tipo de escavação não autorizadas, ou em desconformidade com os seus termos, na zona de protecção raízes [*vide* art. 4º, n.º 1, alínea b)]; e o depósito e a queima de materiais, bem como a utilização de produtos químicos, na zona de protecção raízes [*vide* art. 4º, n.º 1, alínea c)].

19. O regime de protecção dos exemplares assumiu um carácter restritivo tão marcado que, nos termos da alínea d) do n.º 1 do citado artigo 4º, qualquer operação susceptível de prejudicar o estado vegetativo das árvores classificadas constituia contra-ordenação.

20. Segundo o disposto no art. 6º, a fiscalização da disciplina do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, compete à Secretaria Regional do Equipamento Social e à Câmara Municipal da Horta. A competência para processar os respectivos procedimentos contra-ordenacionais e aplicar as coimas cabe ao Director Regional de Ambiente (parece ser este o entendimento mais correcto, uma vez que a redacção inicial do diploma falava no director regional de Habitação, Urbanismo e Ambiente) e ao Presidente da Câmara Municipal (relativamente aos exemplares existente em áreas do domínio municipal).

21. O art. 7º impõe aos infractores a obrigatoriedade de reposição ("na medida em que for possível") da situação que hajam alterado.

O art. 278º, do Código Penal

22. Não obstante a instrução do presente processo não ter apurado o número de exemplares de *Araucaria excelsa* R Br actualmente existentes na ilha do Faial, ou na cidade da Horta (ficando por apurar, em consequência, a gravidade real da actuação em análise), devo chamar a atenção para a crescente preocupação legislativa com a protecção do Ambiente, a qual conheceu importante avanço com a consagração de um crime contra a natureza.

23. Com efeito, nos termos do disposto no art. 278º, n.º 1, do Código Penal, constitui crime de dano contra a natureza a prática, em desrespeito por disposições legais ou regulamentares, de acto que conduza à eliminação exemplares de fauna ou flora ou à destruição de *habitat* natural ou ao esgotamento de recursos do subsolo, de forma grave. Considera-se que o agente actua de forma grave quando contribua decisivamente para fazer desaparecer uma ou mais espécies vegetais de certa região ou quando da destruição resultem perdas importantes nas populações de espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas [*vide* alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo mencionado].

O licenciamento municipal de obras particulares

24. Nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro (que estabelece o regime jurídico das obras particulares), na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, o princípio geral da obrigatoriedade de licenciamento camarário das obras de construção civil, designadamente a construção de novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações [cfr. art. 1º, n.º 1, alínea a)] não se estende às obras promovidas pela administração directa do Estado [cfr. art. 3º, n.º 1, alínea c)].

25. Tal circunstância leva a que os projectos relativos a estas obras apenas sejam submetidos a parecer não vinculativo da respectiva câmara municipal (cfr. art. 3º, n.º 3). Não obstante, por forma a permitirem uma análise completa dos trabalhos a realizar, este processo deve ser instruído com a generalidade dos elementos que acompanhariam o pedido de licenciamento de obra promovida por qualquer outra entidade e, designadamente, com o projecto de arquitectura, nos termos do disposto no art. 15º, n.º 1, do regime jurídico das obras particulares.

26. O projecto de arquitectura inclui memória descritiva, plantas, cortes,

alçadas e pormenores de execução (vide art. 15º, n.º 2) e a sua apreciação incide sobre a verificação da conformidade com o plano de pormenor ou com o alvará de loteamento e com outras normas legais e regulamentares em vigor, bem como sobre o aspecto exterior dos edifícios e a sua inserção no ambiente urbano e na paisagem (vide art. 17º, n.º 1).

27. Não obstante, o facto de se dispensar o licenciamento municipal não inibe o exercício das competências de polícia administrativa por parte das câmaras municipais - o qual resulta do art. 51º, do citado Decreto-Lei n.º 445/91 (que atribui às câmaras municipais a incumbência de fiscalizar o cumprimento das disposições do regime legal urbanístico) e, igualmente, da disciplina do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951 [que dispõe que a execução de novas edificações "não pode ser levada a efeito sem prévia licença das câmaras municipais, às quais incumbe também a [sua] fiscalização" (cfr. art.s 1º e 2º)].

A Situação Reclamada

28. O projecto de construção do Arquivo Público e Casa da Cultura da Horta deveria ter sido submetido a parecer da Câmara Municipal da Horta (*vide* art. 3º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro), uma vez que a obra foi promovida pelo Governo Regional dos Açores.

29. Tendo ficado comprovado que "devido a um erro de implantação da auracádia Ae16, ocorrido durante o levantamento topográfico do terreno, o projecto apresentado não era exequível, em virtude desta árvore, bem como de parte da sua área de protecção, se sobreporem com a área necessária para a construção do edifício (...)" (cfr. informação n.º CFR-09, 19/03/96) chegou-se ao entendimento de que a execução do projecto inicialmente elaborado era impossivel pelo que o projecto foi alterado, passando a contemplar o arranque do exemplar protegido.

30. Assim, após ter sido decidido (embora erradamente, como tenho vindo a demonstrar) o arranque da árvore, tal circunstância deveria ter passado a constar do projecto de arquitectura o qual, nos termos do regime do licenciamento das obras particulares, deveria ter sido novamente apresentado à câmara municipal, para parecer.

31. Não obstante o facto do projecto de arquitectura elaborado e sujeito à apreciação dos serviços municipais não fazer referência ao corte da *Araucaria excelsa* R Br., a Câmara Municipal da Horta deveria ter acautelado o respeito da área de

protecção do exemplar classificado, designadamente chamando a atenção para aquele condicionalismo legal. No entanto, devo fazer notar que, como resulta da informação atrás citada, era do conhecimento dos participantes na reunião a classificação do exemplar e a existência da respectiva zona de protecção.

32. A Câmara Municipal da Horta deveria ter emitido parecer favorável condicionado ao respeito pela disciplina do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro. Mas, não o tendo feito, nem por isso o Governo Regional dos Açores (enquanto promotor da obra) ficou desobrigado do cumprimento daquelas disposições legais.

Conclusão

33. Em desrespeito pelo *princípio da acção preventiva* [cfr. art. 2º, alínea a), da Lei da Bases do Ambiente], o comportamento reclamado não considerou de forma antecipada as consequências nefastas daquela actuação. No entanto, uma efectiva protecção do ambiente não poderá ser alcançada se a verificação de uma situação de infracção apenas der lugar à obrigatoriedade da cessação da violação. A "*adequada tutela jurídica* [fica incompleta] *se quem infringir a lei não for obrigado a repor a situação (o estado de coisas) que existia antes da infracção (...)*" (cfr. JOÃO PEREIRA REIS, *Lei de Bases do Ambiente,* Almedina, pág. 99).

34. Como já referi, o art. 7º, do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro, impõe aos infractores a obrigatoriedade de reposição da situação que hajam alterado, na medida em que tal seja possível. Esta disposição acompanha (*avant la lettre*, uma vez que foi criada com mais de dois anos de avanço) o art. 48º, da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente). O n.º 3 deste art. 48º prevê, ainda, o caso de não ser possível a reposição da situação anterior à infracção, impondo aos infractores o pagamento de indemnização especial (a definir por legislação) e a realização das obras necessárias à minimização das consequências provocadas. O ordenamento jurídico aguarda, ainda, a publicação da regulamentação necessária à aplicação deste dispositivo, não obstante o art. 51º ter determinado a obrigatoriedade de publicação de todos os diplomas necessários à regulamentação da Lei de Bases do Ambiente no prazo de um ano, contado desde a publicação desta.

35. Não obstante, o tipo de comportamento reclamado (o arranque de uma árvore), a impossibilidade de actuação reconstrutiva pura (uma vez que mesmo a plantação de outro exemplar estaria condicionada ao edifício já construído) e a

consideração da natureza da entidade infractora (o Governo Regional) levam-me a recomendar a ponderação de medidas que *compensem* o abate do exemplar protegido visando, em especial, "*implementar um conjunto de medidas concertadas que regulamentem a utilização do espaço de modo a melhorar as condições de vida dos indivíduos"* (cfr. A.J.S. LOPES DE BRITO, *Ob.cit.*, pág. 135).

36. Acompanhando alguma doutrina, no que concerne aos comportamentos que implicam a violação do bem jurídico ambiente, ou de algum dos seus componentes, julgo mais apropriada a utilização da figura da *compensação*, em vez do uso do tradicional conceito de *reposição*. Com efeito, são estas preocupações que levam determinados autores a realçar a "*importância, no plano jurídico, do instituto da solidariedade; daí, também, a insuficiência do regime clássico da responsabilidade civil ao tratar da degradação dos recursos naturais*" (cfr. GILLES MARTIN, *La notion de responsabilité en matière de dommages écologiques,* in *Droit et Environnement: propos pluridisciplinaires sur un droit en construction, Aix-Marseille, Presse Universitaires D'Aix-Marseille, pág. 132*, citado por ANTÓNIO HERMAN V. BENJAMIN, *Objectivos do direito ambiental*, in *Lusíada-Revista de Ciência e Cultura, número especial, 1996,* pág. 35).

37. A *compensação* é ainda *reposição*. Mas é uma "reposição especial", na medida em que atende às particulares características do "*direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado*" e ao "*dever de o defender*" (*vide* art. 66º, da Constituição).

38. Uma vez que não se mostra possível (nem, talvez, aconselhável) pretender uma mera "reposição aproximada" da situação existente antes da construção do Arquivo Público e Casa da Cultura da Horta, julgo aconselhável visar a criação de uma situação *ecologicamente similar*, em termos de fruição colectiva de recursos naturais.

39. A impossibilidade de reposição natural no caso em apreço (a mesma árvore não poderá jamais ser ali plantada) não deve significar inacção; deve, outrossim, implicar uma actuação que atenda às incumbências do Governo Regional dos Açores de promoção, em colaboração com a respectiva autarquia local, da qualidade ambiental das povoações e da vida urbana. Assim sendo, deve o Governo Regional dos Açores, em colaboração com a Câmara Municipal da Horta, promover a *compensação* do abate do exemplar classificado.

40. Refiro, apenas a título de contribuição, a possibilidade do Arquivo Público ou da Casa da Cultura da Horta dispor de espaço especialmente preparado para a educação ambiental ou para o estudo e divulgação das excepcionais características naturais da Região Autónoma dos Açores. Outros exemplos e ideias podem ser

apontados: a destruição de imóvel classificado conduzir à construção de um jardim público; a aprovação de itinerário de auto-estrada sobre zona de protecção especial implicar a criação de museu da história natural da área afectada e a construção da Ponte Vasco da Gama ser *compensada* com a recuperação das Salinas do Samouco, na margem sul do rio Tejo.

41. A ideia de compensação deve levar em linha de conta a sensibilidade colectiva. Por esse facto julgo dever, ainda, recomendar que, neste processo, seja assegurada a participação da população envolvida. Lembro, a este propósito, o exemplo relatado por A. RESSANO GARCIA LAMAS (cfr. Ambiente urbano, in Direito do Ambiente, Instituto Nacional de Administração, 1994, pág. 143): "na Suiça, em alguns centros urbanos, como consultar projectos pode ser difícil para o cidadãos comum (os desenhos técnicos são representações abstractas) chegaram à conclusão de que as alterações devem ser sempre examináveis em maqueta de toda a zona envolvente, ou até mesmo mediante montagem, no local, do volume projectado (...)".

II
Conclusões

42. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que o Governo Regional dos Açores, em colaboração com a Câmara Municipal da Horta, promova a criação de uma situação ecologicamente similar (nos termos atrás descritos), por forma a compensar o abate do exemplar de *Araucaria excelsa* R Br, objecto classificado nos termos do disposto no Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro, e identificado como Ae16, localizado na Rua de Eduardo Bulcão, na cidade da Horta;

B. Que, neste processo, seja assegurado o contributo da população envolvida, através de mecanismos de participação popular.

Na mesma data foi dirigida ao Exmo. Senhor Presidente da Câmara Municipal da Horta a Recomendação n.º 22/A/98 de igual teor.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Horta

R-3436/97
Rec. n.º 22/A/98

I
Exposição de Motivos

1. Em 10/09/97, foi aberto processo na Provedoria de Justiça (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa ao corte de exemplares de Araucaria excelsa R Br, na cidade da Horta.

2. Nos termos da queixa, sete exemplares arbóreos teriam sido cortados, a saber:

- Árvore Ae4, localizada em Canada das Dutras;
- Árvore Ae5, localizada na Rua do Arco (acesso à Travessa de São Francisco);
- Árvore Ae6, localizada na Rua do Cônsul Dabny (Antiga Colónia Inglesa);
- Árvore Ae7, localizada na Rua do Cônsul Dabny (Antiga Colónia Inglesa, 4);
- Árvore Ae15, localizada no Largo do Duque de Ávila e de Bolama;
- Árvore Ae16, localizada na Rua de Eduardo Bulcão; e
- Árvore Ae19, localizada na Rua do Conselheiro Medeiros, 2.

3. A classificação referida reporta-se à disciplina contida no Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro.

4. No âmbito da instrução do processo e por forma a permitir a cabal averiguação dos factos reclamados foram solicitadas à senhora Directora Regional do Ambiente informações sobre as circunstâncias em que ocorreram os referidos cortes de árvores, bem como sobre as entidades consultadas e respectivos pareceres.

5. Através do ofício n.º 5877, de 17/12/97, a Direcção Regional do Ambiente prestou os seguintes esclarecimentos:

a) O abate das árvores Ae5, localizada na Rua do Arco (acesso à Travessa de São Francisco), Ae6, localizada na Rua do Cônsul Dabny (Antiga Colónia Inglesa), Ae7, localizada na Rua do Cônsul Dabny (Antiga Colónia Inglesa, 4) e Ae19, localizada na Rua do Conselheiro Medeiros, 2, foi decidido na sequência da elaboração de relatório sobre a avaliação do estado vegetativo de algumas árvores classificadas da cidade da Horta, produzido em 22/02/96 pelo senhor engenheiro silvicultor Ricardo Terra e pelo senhor engenheiro agrónomo Mário Ávila Gomes;

b) As árvores Ae4, localizada em Canada das Dutras e Ae15, localizada no Largo do Duque de Ávila e de Bolama, foram derrubadas durante a tempestade de Fevereiro de 1986;

c) O abate da árvore Ae16, localizada na Rua de Eduardo Bulcão, resultou da construção do Arquivo Público e Casa da Cultura da Horta.

6. Atendendo, em especial, ao mencionado abate do exemplar Ae16 foram oficiadas, a coberto dos ofícios n.ºs 060 e 061, ambos de 20/01/98, a Direcção Regional do Ambiente e a Câmara Municipal da Horta, relativamente ao exercício das suas competências de fiscalização (vide art. 6º, n.º 1, do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro) e às circunstâncias em que se processara o referido corte.

7. A Câmara Municipal da Horta informou (cfr. ofício n.º 623, de 03/02/98) que a obra de construção do Arquivo Público e Casa da Cultura da Horta não estivera sujeita a licenciamento municipal porquanto fora promovida pelo Governo Reginal dos Açores, através da Direcção Regional dos Assuntos Culturais.

8. Acrescentou, por outro lado, que «o projecto apresentado não previa o corte da referida ARAUCARIA, conforme se pode verificar nas plantas e memórias (...)».

9. A senhora Directora Regional do Ambiente remeteu a este Órgão do Estado, anexo ao ofício n.º 629, de 12/02/98, a informação n.º CFR-09, 19/03/96, do senhor Chefe da Divisão do Ordenamento da Direcção Regional do Ambiente. A mencionada informação, que mereceu, em 21/03/96, despacho de "Concordo" do senhor Secretário Regional do Turismo e Ambiente dava conta, em suma:

a) Da realização de reunião, na qual participaram o mencionado senhor Chefe de Divisão e os senhores Directores da Casa de Cultura e da Biblioteca

Pública da Horta, com o objectivo de ser feita a análise da questão da «sobreposição [de] espaços ocupados (...) pela auracária protegida ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro de 1984, Ae16, da Rua Eduardo Bulcão (...)»;

b) Da declaração do senhor Director da Casa de Cultura segundo a qual, «devido a um erro de implantação da auracária Ae16, ocorrido durante o levantamento topográfico do terreno, o projecto apresentado não era exequível, em virtude desta árvore, bem como de parte da área de protecção, se sobreporem com a área necessária para a construção do edifício proposto»;

c) De que o senhor Director da Casa de Cultura havia apresentado uma proposta de alteração do projecto de edifício. Todavia, nos termos da informação, «esta nova proposta em análise apresenta ainda problemas de conciliação de espaços, além de reduzir a operacionalidade interna do projecto e as condições de serviço público do mesmo.

Os problemas de conciliação de espaços, mesmo com o projecto alterado são os seguintes:

- parte da área de protecção da auracádia fica ocupada pelos novos edifícios;
- a distância entre os ramos da árvore e os blocos do edifício é presentemente próxima de 1 metro, a qual reduzir-se-á em virtude do próprio crescimento lateral da árvore;
- As fundações dos dois blocos deverão atingir as raízes laterais da árvore, o que poderá implicar a sua fragilização em relação a tempestades ou inclusivamente danos irreversíveis que conduzam à sua morte;
- o próprio crescimento de raízes poderá afectar a estrutura do edifício a nível de estabilidade, consequências que podem ir desde a abertura de pequenas fendas ou a perturbações ainda maiores»;

d) Da apresentação de três alternativas:

1ª Não ampliação do edifício para não afectar a auracádia;

2ª Ampliação do edifício com a alteração do projecto apresentado de modo a afectar o mínimo possível a auracádia;

3ª Ampliação do edifício de acordo com o projecto inicial abatendo a auracádia.

e) Da análise das implicações da adopção de cada uma das opções.

A Informação n.º CFR-09, de 19/03/96

10. Não pode o Provedor de Justiça deixar de manifestar a sua estranheza pelo carácter absolutamente "não técnico" - e quase coloquial - do documento em causa. Acresce que a informação não menciona os critérios que conduziram à elaboração dos três cenários apresentados nem justifica, tão pouco, a exclusão de outros (como, por exemplo, a ponderação da transferência das instalações do Arquivo e Biblioteca Pública do Faial).

11. Como refere MICHEL PRIEUR (citado por A.J.S. LOPES DE BRITO, A protecção do ambiente e os planos regionais de ordenamento do território, Almedina, pág. 147) «o direito do ambiente está perfeitamente marcado pela sua dependência estreita com as ciências e tecnologia. A sua compreensão exige um mínimo de conhecimento científico e toda a reflexão crítica correlacionada impõe uma abordagem pluridisciplinar».

12. Não obstante, na informação n.º CFR-09 as consequências da adopção de cada uma das opções foram apresentadas mediante a enumeração de factos (ou de meras expectativas) sem qualquer fundamentação científica. Importa registar, a título de exemplo, que o senhor Chefe da Divisão do Ordenamento refere que a não ampliação do edifício implicaria, por um lado, «reduzir o interesse da juventude pela cultura» e, por outro, «prolongar, por apenas mais alguns anos, a vida de uma auracária» comentando que «como qualquer ser vivo virá a morrer» (vide pág. 3 da supra citada informação).

13. Acresce que o processo de análise comparativa das três alternativas não faz referência, e não leva em linha de conta, as disposições pertinentes do ordenamento jurídico português.

14. Por outro lado, não se sabe qual a natureza jurídica da informação em causa, ao abrigo de que competências foi elaborada nem, tão pouco, com que finalidade. Estando em causa a alteração de um projecto de arquitectura, aguardar-se-ia a participação de técnicos daquela área; questionando-se o abate de um exemplar arbóreo protegido, esperar-se-ia a intervenção de elementos com conhecimentos específicos sobre protecção da natureza; e, atendendo aos condicionalismos legislativos existentes, sempre se impunha a colaboração de participantes com conhecimentos jurídicos.

15. O resultado foi um documento que põe em confronto, unicamente, a fruição cultural da população da ilha do Faial com o «valor cénico» (sic) de um exemplar de Araucaria excelsa R Br.

O Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro

16. Os 22 exemplares de Araucaria excelsa R Br existentes na cidade da Horta foram considerados, nos termos do disposto no Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro, objectos classificados.

17. Esta classificação, para além de conferir especial protecção aos exemplares designados, sujeitava as operações susceptíveis de os destruir ou danificar a um regime jurídico próprio, criado em ordem à sua salvaguarda.

18. Desde logo, os exemplares classificados tinham «(...) como zona de protecção à sua volta uma área correspondente ao dobro da projecção da copa no terreno» (vide art. 3º). Por outro lado, ficavam proibidas quaisquer operações que pudessem destruir ou danificar os exemplares, constituindo contra-ordenações o corte do tronco, ramos ou raízes [vide art. 4º, n.º 1, alínea a), Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A]; a remoção terras ou qualquer tipo de escavação não autorizadas, ou em desconformidade com os seus termos, na zona de protecção raízes [vide art. 4º, n.º 1, alínea b)]; e o depósito e a queima de materiais, bem como a utilização de produtos químicos, na zona de protecção raízes [vide art. 4º, n.º 1, alínea c)].

19. O regime de protecção dos exemplares assumiu um carácter restritivo tão marcado que, nos termos da alínea d) do n.º 1 do citado artigo 4º, qualquer operação susceptível de prejudicar o estado vegetativo das árvores classificadas constituia contra-ordenação.

20. Segundo o disposto no art. 6º, a fiscalização da disciplina do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, compete à Secretaria Regional do Equipamento Social e à Câmara Municipal da Horta. A competência para processar os respectivos procedimentos contra-ordenacionais e aplicar as coimas cabe ao Director Regional de Ambiente (parece ser este o entendimento mais correcto, uma vez que a redacção inicial do diploma falava no director regional de Habitação, Urbanismo e Ambiente) e ao Presidente da Câmara Municipal (relativamente aos exemplares existente em áreas do domínio municipal).

21. O art. 7º impõe aos infractores a obrigatoriedade de reposição («na medida em que for possível») da situação que hajam alterado.

O art. 278º, do Código Penal

22. Não obstante a instrução do presente processo não ter apurado o número de exemplares de Araucaria excelsa R Br actualmente existentes na ilha do Faial, ou na

cidade da Horta (ficando por apurar, em consequência, a gravidade real da actuação em análise), devo chamar a atenção para a crescente preocupação legislativa com a protecção do Ambiente, a qual conheceu importante avanço com a consagração de um crime contra a natureza.

23. Com efeito, nos termos do disposto no art. 278º, n.º 1, do Código Penal, constitui crime de dano contra a natureza a prática, em desrespeito por disposições legais ou regulamentares, de acto que conduza à eliminação exemplares de fauna ou flora ou à destruição de habitat natural ou ao esgotamento de recursos do subsolo, de forma grave. Considera-se que o agente actua de forma grave quando contribua decisivamente para fazer desaparecer uma ou mais espécies vegetais de certa região ou quando da destruição resultem perdas importantes nas populações de espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas [vide alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo mencionado].

O licenciamento municipal de obras particulares

24. Nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro (que estabelece o regime jurídico das obras particulares), na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, o princípio geral da obrigatoriedade de licenciamento camarário das obras de construção civil, designadamente a construção de novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações [cfr. art. 1º, n.º 1, alínea a)] não se estende às obras promovidas pela administração directa do Estado [cfr. art. 3º, n.º 1, alínea c)].

25. Tal circunstância leva a que os projectos relativos a estas obras apenas sejam submetidos a parecer não vinculativo da respectiva câmara municipal (cfr. art. 3º, n.º 3). Não obstante, por forma a permitirem uma análise completa dos trabalhos a realizar, este processo deve ser instruído com a generalidade dos elementos que acompanhariam o pedido de licenciamento de obra promovida por qualquer outra entidade e, designadamente, com o projecto de arquitectura, nos termos do disposto no art. 15º, n.º 1, do regime jurídico das obras particulares.

26. O projecto de arquitectura inclui memória descritiva, plantas, cortes, alçadas e pormenores de execução (vide art. 15º, n.º 2) e a sua apreciação incide sobre a verificação da conformidade com o plano de pormenor ou com o alvará de loteamento e com outras normas legais e regulamentares em vigor, bem como sobre o aspecto exterior dos edifícios e a sua inserção no ambiente urbano e na paisagem

(vide art. 17º, n.º 1).

27. Não obstante, o facto de se dispensar o licenciamento municipal não inibe o exercício das competências de polícia administrativa por parte das câmaras municipais - o qual resulta do art. 51º, do citado Decreto-Lei n.º 445/91 (que atribui às câmaras municipais a incumbência de fiscalizar o cumprimento das disposições do regime legal urbanístico) e, igualmente, da disciplina do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951 [que dispõe que a execução de novas edificações «não pode ser levada a efeito sem prévia licença das câmaras municipais, às quais incumbe também a [sua] fiscalização» (cfr. art.s 1º e 2º)].

A situação reclamada

28. O projecto de construção do Arquivo Público e Casa da Cultura da Horta deveria ter sido submetido a parecer da Câmara Municipal da Horta (vide art. 3º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro), uma vez que a obra foi promovida pelo Governo Regional dos Açores.

29. Tendo ficado comprovado que «devido a um erro de implantação da auracádia Ae16, ocorrido durante o levantamento topográfico do terreno, o projecto apresentado não era exequível, em virtude desta árvore, bem como de parte da sua área de protecção, se sobreporem com a área necessária para a construção do edifício (...)» (cfr. informação n.º CFR-09, 19/03/96) chegou-se ao entendimento de que a execução do projecto inicialmente elaborado era impossivel pelo que o projecto foi alterado, passando a contemplar o arranque do exemplar protegido.

30. Assim, após ter sido decidido (embora erradamente, como tenho vindo a demonstrar) o arranque da árvore, tal circunstância deveria ter passado a constar do projecto de arquitectura o qual, nos termos do regime do licenciamento das obras particulares, deveria ter sido novamente apresentado à câmara municipal, para parecer.

31. Não obstante o facto do projecto de arquitectura elaborado e sujeito à apreciação dos serviços municipais não fazer referência ao corte da Araucaria excelsa R Br., a Câmara Municipal da Horta deveria ter acautelado o respeito da área de protecção do exemplar classificado, designadamente chamando a atenção para aquele condicionalismo legal. No entanto, devo fazer notar que, como resulta da informação atrás citada, era do conhecimento dos participantes na reunião a classificação do exemplar e a existência da respectiva zona de protecção.

32. A Câmara Municipal da Horta deveria ter emitido parecer favorável condicionado ao respeito pela disciplina do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro. Mas, não o tendo feito, nem por isso o Governo Regional dos Açores (enquanto promotor da obra) ficou desobrigado do cumprimento daquelas disposições legais.

Conclusão

33. Em desrespeito pelo princípio da acção preventiva [cfr. art. 2º, alínea a), da Lei da Bases do Ambiente], o comportamento reclamado não considerou de forma antecipada as consequências nefastas daquela actuação. No entanto, uma efectiva protecção do ambiente não poderá ser alcançada se a verificação de uma situação de infracção apenas der lugar à obrigatoriedade da cessação da violação. A «adequada tutela jurídica [fica incompleta] se quem infringir a lei não for obrigado a repor a situação (o estado de coisas) que existia antes da infracção (...)» (cfr. JOÃO PEREIRA REIS, Lei de Bases do Ambiente, Almedina, pág. 99).

34. Como já referi, o art. 7º, do Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro, impõe aos infractores a obrigatoriedade de reposição da situação que hajam alterado, na medida em que tal seja possível. Esta disposição acompanha (avant la lettre, uma vez que foi criada com mais de dois anos de avanço) o art. 48º, da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente). O n.º 3 deste art. 48º prevê, ainda, o caso de não ser possível a reposição da situação anterior à infracção, impondo aos infractores o pagamento de indemnização especial (a definir por legislação) e a realização das obras necessárias à minimização das consequências provocadas. O ordenamento jurídico aguarda, ainda, a publicação da regulamentação necessária à aplicação deste dispositivo, não obstante o art. 51º ter determinado a obrigatoriedade de publicação de todos os diplomas necessários à regulamentação da Lei de Bases do Ambiente no prazo de um ano, contado desde a publicação desta.

35. Não obstante, o tipo de comportamento reclamado (o arranque de uma árvore), a impossibilidade de actuação reconstrutiva pura (uma vez que mesmo a plantação de outro exemplar estaria condicionada ao edifício já construído) e a consideração da natureza da entidade infractora (o Governo Regional) levam-se a recomendar a ponderação de medidas que compensem o abate do exemplar protegido visando, em especial, «implementar um conjunto de medidas concertadas que regulamentem a utilização do espaço de modo a melhorar as condições de vida dos

indivíduos» (cfr. A.J.S. LOPES DE BRITO, Ob.cit., pág. 135).

36. Acompanhando alguma doutrina, no que concerne aos comportamentos que implicam a violação do bem jurídico ambiente, ou de algum dos seus componentes, julgo mais apropriada a utilização da figura da compensação, em vez do uso do tradicional conceito de reposição. Com efeito, são estas preocupações que levam determinados autores a realçar a «importância, no plano jurídico, do instituto da solidariedade; daí, também, a insuficiência do regime clássico da responsabilidade civil ao tratar da degradação dos recursos naturais» (cfr. GILLES MARTIN, La notion de responsabilité en matière de dommages écologiques, in Droit et Environnement: propos pluridisciplinaires sur un droit en construction, Aix-Marseille, Presse Universitaires D'Aix-Marseille, pág. 132, citado por ANTÓNIO HERMAN V. BENJAMIN, Objectivos do direito ambiental, in Lusíada-Revista de Ciência e Cultura, número especial, 1996, pág. 35).

37. A compensação é ainda reposição. Mas é uma "reposição especial", na medida em que atende às particulares características do «direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado» e ao «dever de o defender» (vide art. 66º, da Constituição).

38. Uma vez que não se mostra possível (nem, talvez, aconselhável) pretender uma mera "reposição aproximada" da situação existente antes da construção do Arquivo Público e Casa da Cultura da Horta, julgo aconselhável visar a criação de uma situação ecologicamente similar, em termos de fruição colectiva de recursos naturais.

39. A impossibilidade de reposição natural no caso em apreço (a mesma árvore não poderá jamais ser ali plantada) não deve significar inacção; deve, outrossim, implicar uma actuação que atenda às incumbências do Governo Regional dos Açores de promoção, em colaboração com a respectiva autarquia local, da qualidade ambiental das povoações e da vida urbana. Assim sendo, deve o Governo Regional dos Açores, em colaboração com a Câmara Municipal da Horta, promover a compensação do abate do exemplar classificado através

40. Refiro, apenas a título de contribuição, a possibilidade do Arquivo Público ou da Casa da Cultura da Horta dispor de espaço especialmente preparado para a educação ambiental ou para o estudo e divulgação das excepcionais características naturais da Região Autónoma dos Açores. Outros exemplos e ideias podem ser apontados: a destruição de imóvel classificado conduzir à construção de um jardim público; a aprovação de itinerário de auto-estrada sobre zona de protecção especial implicar a criação de museu da história natural da área afectada e a construção da Ponte Vasco da Gama ser compensada com a recuperação das Salinas do Samouco, na

margem sul do rio Tejo.

41. A ideia de compensação deve levar em linha de conta a sensibilidade colectiva. Por esse facto julgo dever, ainda, recomendar que, neste processo, seja assegurada a participação da população envolvida. Lembro, a este propósito, o exemplo relatado por A. RESSANO GARCIA LAMAS (cfr. Ambiente urbano, in Direito do Ambiente, Instituto Nacional de Administração, 1994, pág. 143): «na Suiça, em alguns centros urbanos, como consultar projectos pode ser difícil para o cidadãos comum (os desenhos técnicos são representações abstractas) chegaram à conclusão de que as alterações devem ser sempre examináveis em maqueta de toda a zona envolvente, ou até mesmo mediante montagem, no local, do volume projectado (...)».

II
Conclusões

42. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a Câmara Municipal da Horta, em colaboração com o Governo Regional dos Açores, promova a criação de uma situação ecologicamente similar (nos termos atrás descritos), por forma a compensar o abate do exemplar de Araucaria excelsa R Br, objecto classificado nos termos do disposto no Decreto Legislativo Regional n.º 28/84/A, de 1 de Setembro, e identificado como Ae16, localizado na Rua de Eduardo Bulcão, na cidade da Horta;

B. Que, neste processo, seja assegurado o contributo da população envolvida, através de mecanismos de participação popular.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Junta de Freguesia dos Mosteiros

R-2144/97
Rec. n.º 23/A/98
1998.04.06

I

Exposição de Motivos

1. Em 22.05.1997 foi aberto processo neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa a deliberação autárquica de desmantelamento de um portão existente no prédio rústico denominado "Courelas", sito na Rua do Meio Moio ou Álvares Cabral dos Mosteiros, em Mosteiros.

2. A queixa referia que, não obstante ter sido licenciada a obra de colocação do mencionado portão, o proprietário fora, em 20/02/97, notificado para proceder ao seu desmantelamento.

3. Ainda nos termos da reclamação, a deliberação de desmantelamento proviera da Junta de Freguesia de Mosteiros.

4. Atendendo ao facto das juntas de freguesia não disporem de competências no âmbito do licenciamento de obras particulares, a autarquia visada foi inquirida, pelo ofício n.º 518, de 30/10/97, sobre as razões que haviam conduzido à reclamada deliberação.

5. A Junta de Freguesia de Mosteiros respondeu informando ter sido aberto inquérito sobre os mesmos factos, o qual fora arquivado "*por inexistência de facto punível*", conforme decisão do Ministério Público. Esclarecida a autarquia sobre a irrelevância, em termos estatutários, daquele procedimento judicial para a actuação do provedor de justiça (cfr. ofício n.º 679, de 03/12/98, deste Órgão do Estado), a Junta de Freguesia de Mosteiros veio explanar o seu entendimento sobre a inexistência de licenciamento camarário da obra de construção do portão, nada adiantando sobre a alegada deliberação de desmantelamento do portão.

6. Entretanto, a Câmara Municipal de Ponta Delgada prestou os seguintes esclarecimentos sobre os factos controvertidos:

a) A obra de construção de um portão no prédio rústico denominado "Courelas", sito na Rua do Meio Moio ou Álvares Cabral dos Mosteiros, em Mosteiros) "foi autorizada conforme despacho de 4 de Junho de 1996" [cfr. alínea a) do ofício n.º 1746, de 10/02/98)];

b) "Não houve lugar a licenciamento" [alínea b) do mesmo ofício];

c) "O desmantelamento do portão existente não foi determinado [pela] Câmara" [alínea c)].

7. O Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro - cuja redacção foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro - estabelece o regime jurídico das obras particulares e define, como princípio geral, a obrigatoriedade de licenciamento camarário de todas as obras de construção civil, designadamente a construção de

novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações [cfr. art. 1º, n.º 1, alínea a)].

8. Nos termos do disposto no art. 50º-A, ao processo de licenciamento das obras de demolição de edificações aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime fixado para as restantes obras.

9. Nos termos do disposto no art. 2º, do regime jurídico do licenciamento de obras particulares, o licenciamento de obras de construção civil compete à câmara municipal. Também o Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, dispõe que a execução de novas edificações "*não pode ser levada a efeito sem prévia licença das câmaras municipais, às quais incumbe também a* [sua] *fiscalização*" (cfr. art.s 1º e 2º).

10. A tramitação do processo de licenciamento vem definida no Capítulo II.

11. O art. 51º, do citado Decreto-Lei n.º 445/91, atribui às câmaras municipais a incumbência de fiscalizar o cumprimento das disposições do regime legal urbanístico, em colaboração com as autoridades administrativas e policiais. Assim, era também competência da Junta de Freguesia de Mosteiros, a fiscalização da legalidade urbanística na âmbito da obra em causa, incluída em área da sua jurisdição.

12. Não estamos, no âmbito do presente processo, perante uma situação enquadrável na previsão do art. 52º. Com efeito, os actos administrativos que decidam pedidos de licenciamento apenas são anuláveis nos termos do n.º 1 do art. 52º quando não tenham sido precedidos de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações legalmente exigíveis. E apenas estão feridos de nulidade, nos termos do disposto no n.º 2, os actos administrativos que decidam pedidos de licenciamento que não estejam em conformidade com os pareceres vinculativos, autorizações ou aprovações legalmente exigíveis, que violem planos regionais de ordenamento do território, planos municipais de ordenamento do território, normas provisórias, áreas de desenvolvimento urbano prioritário, áreas de construção prioritária ou alvarás de loteamento em vigor ou sem que o requerente apresente documento comprovativo da aprovação da administração central, se necessária. É apenas quanto a estes actos que, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 53º (epigrafado "participação"), "*quem tiver conhecimento de actos administrativos nulos ou anuláveis, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo anterior, deve deles informar o Ministério Público, para efeitos de interposição do competente recurso contencioso (...)*".

13. Mas mesmo que se entenda estar excluída a possibilidade, fora dos casos

atrás descritos, de ser suscitada a intervenção do Ministério Público, a Junta de Freguesia de Mosteiros poderia ter promovido a anulação, mediante impugnação em recurso contencioso, da deliberação camarária que julgava inválida. E, nos termos do disposto no art. 27º, da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, o Ministério Público, mediante vista dos autos ou em requerimento, poderia ter intervindo naquele procedimento.

14. Alternativamente, poderia a Junta de Freguesia de Mosteiros ter comunicado à Câmara Municipal de Ponta Delgada o seu entendimento relativamente ao licenciamento camarário da obra de construção do portão. E porque em desacordo com a decisão de licenciamento, poderia a Junta, nos termos da lei e no âmbito das suas atribuições, ter solicitado à Câmara Municipal a reapreciação da matéria em apreço. Tal circunstância teria possibilitado a revogação, em tempo, do acto que autorizara a construção do referido portão.

15. Apesar da Câmara Municipal de Ponta Delgada distinguir entre autorização e licenciamento - afirmando ter sido dada a primeira inexistindo o segundo (cfr. ofício n.º 1746, de 10/02/98) - estamos na presença, no que concerne a actuação da câmara municipal, de um acto de licenciamento anulável. Na terminologia de FREITAS DO AMARAL (cfr. Direito Administrativo III) trata-se de uma situação de incompetência por falta de competência, ou incompetência relativa: prática, por um órgão administrativo, de um acto incluido na competência de outro órgão da mesma pessoa colectiva. Na realidade, a competência para licenciar as obras de construção civil é da câmara municipal, nos termos do disposto na n.º 1 do art. 2º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e não pode ser exercida por um vereador, isoladamente.

16. O que a Junta não poderia ter feito era deliberar sobre o desmantelamento do portão e comunicar a sua decisão - correspondente a uma intimação para um comportamento - ao proprietário.

17. Porque relativo a matéria estranha às atribuições da Junta de Freguesia, o acto que decidiu o desmantelamento do portão é nulo, nos termos do disposto no art. 133º, n.º 2, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo. Com efeito, esta incompetência absoluta, ou incompetência por falta de atribuições (cfr. FREITAS DO AMARAL, ob. cit.), existe quando o vício consiste na prática, por um órgão administrativo, de um acto incluido nas atribuições de pessoa colectiva distinta daquela em que o órgão está integrado.

18. Esta situação corresponde, igualmente, à previsão constante da alínea a) do n.º 1 do art. 88º, do Decreto-Lei n.º 100/84, de 29 de Março.

19. Uma vez que resulta da instrução do processo que o proprietário

desmantelou o referido portão, deve a Junta de Freguesia de Mosteiros providenciar pela sua reposição, suportanto os respectivos custos.

20. Devo esclarecer, por fim, que o presente processo não averiguou a controvertida questão da servidão de passagem. O objecto da reclamação foi, tão somente, a da validade dos actos administrativos de licenciamento da construção de portão, e do respectivo desmantelamento. A alegada servidão constitui matéria que deve, se for esse o entendimento dos interessados, ser resolvida em sede judicial.

II
Conclusões

21. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a Junta de Freguesia de Mosteiros providencie a reposição da situação existente antes do desmantelamento do portão erigido no prédio rústico denominado "Courelas", sito na Rua do Meio Moio ou Álvares Cabral dos Mosteiros, em Mosteiros;

B. Que a Junta de Freguesia de Mosteiros, caso entenda existir uma servidão de passagem no local onde foi construído o mencionado portão, faça uso dos meios judiciais próprios para fazer valer o direito eventualmente violado.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente do Conselho de Administração
do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo

R-1031/96
Rec. n.º 24/A/98

I
Exposição de Motivos

1. Em 26/03/96, foi aberto processo na Provedoria de Justiça (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa à comparticipação do Serviço Regional de Saúde nas despesas efectuadas no âmbito de intervenção cirúrgica realizada ao senhor J... no Hospital dos SAMS-Serviços de Assistência Médico-Social do Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas.

2. A instrução do processo permitiu apurar os seguintes factos relevantes:

a) O senhor J... careceu de tratamento cirúrgico para tratar uma "volumosa hérnia discal" que lhe havia sido diagnosticada;

b) Após solicitação, Sua Excelência o Secretário Regional da Saúde e Segurança Social proferiu, em 28/08/95, o seguinte despacho:

"Autorizo, a título excepcional, a deslocação do requerente e acompanhante, ao abrigo do art. 3º do Regulamento de Deslocação de Doentes, devendo o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo (Hospital de referência) ser responsável pelo pagamento das deslocações e do montante devido ao Senhor J..., pela intervenção cirúrgica a que vai ser submetido, na qualidade de utente do SAMS".

c) No seguimento deste despacho, o Conselho de Administração do Hospital de

Santo Espírito de Angra do Heroísmo emitiu, em 28/08/95, o seguinte "termo de responsabilidade":

"Nos termos do despacho SRSSS de 95.08.28, o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo responsabiliza-se pelas despesas durante o período de internamento no Hospital do SAMS devidas ao utente do SAMS J..., no montante de 20% do total da facturação respeitante à intervenção programada, correspondente à comparticipação do utente".

d) Em 29/09/95 e já posteriormente à realização da operação cirúrgica, o senhor J... solicita, por escrito, à Secretaria Regional da Saúde e Segurança Social, indicações sobre os procedimentos a seguir.

e) A resposta, prestada pelo Director de Serviços de Saúde Pública, através do ofício n.º 95313.92, de 17/10/95, foi do seguinte teor:

"Em resposta à carta de V.Excia de 29 de Setembro de 1995 e da qual enviamos fotocópia, vimos transmitir a V.Excia o Despacho do Senhor Director Regional de Saúde de 9/10/95:

"A continuação do acompanhamento clínico do doente deve ser orientada pelo Hospital de Angra do Heroísmo a quem o utente se deve dirigir no sentido de ser esclarecido"".

3. A reclamação apresentada neste Órgão do Estado era, inicialmente, relativa à total ausência do pagamento do montante relativo à comparticipação devida em virtude do despacho, de 28/08/95, do Secretário Regional da Saúde e Segurança Social.

4. Em 29/12/95, o senhor J... envia ofício à administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo solicitando o reembolso da quantia de 1.240.757$00, alegadamente paga, de acordo com as facturas que anexava. Não obstante, os comprovativos que o reclamante juntou ao processo apenas demonstram o pagamento de 1.008.757$00 (factura n.º 250006434, do SAMS) e de 9850$00 (em deslocações de táxi e na Carris).

5. Apesar de, em 28/12/95, o SAMS-Serviços de Assistência Médico-Social do Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas ter emitido uma declaração na qual referia que o senhor J... suportara as despesas de 151.450$00 (despesas de deslocações e estadia), 70.000$00 (ressonância nuclear magnética) e 10.550$00 (consulta), não eram especificadas as respectivas datas, o âmbito de realização dos exames e, o que é mais importante, se aquelas quantias estavam, ou não, contempladas na factura

anteriormente emitida.

6. As facturas efectivamente entregues pelo senhor J... ao Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo apenas comprovaram pagamentos no valor de 1.018.607$00.

7. A coberto do ofício n.º 739, de 25/03/96, o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo procedeu ao pagamento da quantia de 210.368$00.

8. A partir daquela data, o queixoso considerava em falta o pagamento das quantias de 4.300$00 (consulta no Hospital de Santa Maria), 800$00 (consulta no Hospital do SAMS), 30.000$00 (alojamento no Hospital do SAMS) e 151.450$00 (despesas de deslocação e estadia no Hospital do SAMS).

9. O conselho de gerência do SAMS-Serviços de Assistência Médico-Social do Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas, em comunicação mantida com este Órgão do Estado (cfr. ofício n.º 17816, de 16/05/96), para além de fazer menção à factura (no valor de 1.008.757$00) e às deslocações em táxi, refere "*o alojamento antes e pós operatório também foram, até ao momento da nossa responsabilidade, estando nós a aguardar (...) o valor que o S.R.S. venha a atribuir*".

10. Questionada sobre a posição que assumia quanto à pretensão do queixoso, a administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo esclareceu que "*não procedeu ao pagamento das quantias (...) porquanto as mesmas respeitam a despesas não reembolsáveis pelo Serviço Regional de Saúde*" (cfr. ofício n.º 1666, de 20/11/97).

As despesas em causa resultaram:

- 4.300$00, da taxa moderadora relativa a consulta de neurocirurgia realizada no Hospital de Santa Maria; 800$00, de consulta de neurocirurgia no Hospital do SAMS; 30.000$00, do alojamento, da acompanhante do senhor J..., no Hospital do SAMS;151.450$00, das despesas de deslocação e estadia no Hospital do SAMS.

12. Nos termos do "Regulamento de deslocação de doentes na Região Autónoma dos Açores, para o Continete e para o Estrangeiro" aprovado em anexo à Portaria n.º 68/94, de 2 de Dezembro, quando se verifique a inexistência de meios técnicos ou humanos adequados à assistência médica necessária, pode verificar-se a deslocação de doentes na Região Autónoma dos Açores, para o continente ou para o estrangeiro, a coberto do Sistema Regional de Saúde.

13. Não obstante, apenas são permitidas deslocações à clínica privada não convencionada quando se verifique ausência dos recursos técnicos necessários na rede de serviços pública e convencionada (*vide* art. 1º, n.º 6, do anexo à Portaria n.º 68/94,

de 2 de Dezembro).

14. O despacho do Secretário Regional da Saúde e Segurança Social, de 28/08/95, que autorizou a deslocação do senhor J... para efectuar tratamento ao Hospital do SAMS não está devidamente fundamentado, uma vez que expressamente faz referência a uma disposição que ao caso se não aplica. Com efeito, o art. 3º, do Regulamento de Deslocação de Doentes ao qual expressamente faz referência é relativo à continuação de tratamento após o regresso do doente deslocado, e em nada respeita à situação que visa contemplar (deslocação para tratamento em unidade de saúde privado do continente). Esta fundamentação obscura - na medida em que os seus termos não permitem conhecer o processo cognoscitivo do seu autor - equivale, nos termos do disposto no art. 125º, do Código do procedimento Administrativo, a ausência de fundamentação.

15. De qualquer modo, a anulabilidade que inquinava este acto administrativo encontra-se sanada pelo decurso do tempo (*vide* art.s 135º, 136º e 141º, do Código do Procedimento Administrativo). Mas a aludida falta de fundamentação veio, pelo menos, acentuar a dificuldade interpretativa dos termos do despacho.

16. A argumentação expendida no ofício n.º 1272, de 22/09/97, da administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo, segundo a qual "*a referência do despacho do Senhor Secretário Regional ao art. 3º do Regulamento de Deslocação de Doentes - disposição que respeita à "Continuação do Tratamento" - teve em vista proceder a uma interpretação extensiva de uma lacuna na refrida regulamentação*" não colhe em absoluto. As lacunas integram-se, não se interpretam extensivamente.

17. A deslocação do senhor J... foi autorizada a título excepcional e, por esse facto, fora da disciplina do regulamento de deslocação de doentes. Essa circunstância terá levado, por exemplo, a que o doente não tivesse sido submetido a junta médica e que a autorização não tivesse sido dada pelo conselho de administração de unidade de saúde (cfr. art. 4º, do anexo à Portaria n.º 68/94, de 2 de Dezembro).

18. Em face do teor do despacho do Secretário Regional da Saúde e Segurança Social, de 28/08/95, e do termo de responsabilidade que o conselho de administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo emitiu, também de 28/08/95, afigura-se-me razoável concluir que se pretendeu autorizar a deslocação de senhor J..., e da sua mulher, sendo que o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo suportaria 20% das despesas efectuadas por ambos, durante o período de

internamento no Hospital do SAMS-Serviços de Assistência Médico-Social do Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas.

19. Não obstante o senhor J... afirmar repetidas vezes que discorda do valor de 20%, o certo é que aquela percentagem encontra justificação no facto da comparticipação do SAMS, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 28º do seu Regulamento, não poder ser superior a 80% das suas tabelas (cfr. supra citado ofício n.º 17816, de 16/05/96, do conselho de gerência do SAMS). De qualquer modo, uma vez que a comparticipação do Governo Regional nas despesas em causa foi autorizada a título excepcional, não se descortinam argumentos que possam contestar aquele montante.

20. Face à argumentação que expendi, concluo que a resolução da presente questão apenas aguarda o apuramento do montante exacto das despesas realizadas pelo senhor J... (e pela sua mulher) com a sua deslocação, com o internamento (e estadia da sua mulher) e com a cirurgia (e tratamentos associados), sendo certo que o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo deve suportar 20 % destas despesas.

21. Em especial, importa averiguar se a quantia de 151.450$00 - alegadamente referente a despesas de deslocação e estadia no Hospital do SAMS está, ou não, contemplada na factura já comparticipada (factura n.º 250006434, do SAMS, no valor de 1.008.757$00).

II
Conclusões

22. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo apure, designadamente junto do SAMS-Serviços de Assistência Médico-Social do Sindicato dos Bancários do Sul e Ilhas, qual o montante das despesas realizadas pelo senhor J... (e pela sua mulher) com a deslocação, com o internamento (e estadia da sua mulher) e com a cirurgia (e tratamentos associados);

B. Que o Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo suporte, até ao limite de 20%, as despesas realizadas.

Por fim, permito-me chamar a atenção de V.Exa. para a necessidade de ser assegurado, em todas as fases da instrução dos processos, o cumprimento do dever de colaboração para com o provedor de justiça. A resposta que a administração do Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo prestou, através do ofício n.º 1666, de 20/11/98, é, neste contexto, claramente insuficiente. Era certamente do conhecimento deste Órgão do Estado que o Hospital não pagara as quantias em causa porque as entendia não reembolsáveis; pretendia-se, para além disso, saber a motivação (de facto e de direito) daquela actuação.

Recomendação acatada

Exmo. Senhor
Comandante Regional da Horta
da PSP-Polícia de Segurança Pública

R-4916/97
Rec. n.º 29/A/98
1998.06.16

I
Exposição de Motivos

Os Factos

1. Em 30/12/97, foi aberto processo neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa à execução de mandado de detenção - para julgamento e proferido no âmbito do processo judicial n.º 124/96, do Tribunal Judicial da Comarca da Praia da Vitória - o qual não continha a assinatura da senhora Juíz de Direito que alegadamente ordenara a detenção.

2. Os factos referidos no texto da queixa e expostos a V.Exa. (cfr. ofício n.º 166, de 05/02/98, da Provedoria de Justiça), e que não foram contraditados pelo Comando Regional da Horta da PSP-Polícia de Segurança Pública (cfr. ofício n.º 457/J., de 26/02/98), são os seguintes:

a) Em 01/12/97, o senhor J... foi detido pelos Guardas n.ºs 45/144138 e 109/138752 (senhores Guardas Rui Manuel da Costa Pinheiro e António Manuel da Silveira), da Secção de Investigação Criminal do Comando Regional da Horta da PSP-Polícia de Segurança Pública;

b) Os Guardas não estavam fardados e procederam à referida detenção por forma discreta tendo, designadamente, assegurado que não fosse concitada a atenção das pessoas que se encontravam junto ao senhor J...;

c) Foi entregue ao senhor J... duplicado do mandado de detenção;

d) O duplicado do mandado de detenção não continha a assinatura da senhora Juiz de Direito.

3. Apuraram-se, acrescidamente, os seguintes factos:

a) A coberto do ofício n.º 1118, de 08/10/97, o Tribunal Judicial da Comarca da Praia da Vitória enviou ao Comando Regional da Horta da PSP-Polícia de Segurança Pública o mandado de detenção relativo ao senhor J..., ordenado no âmbito do processo comum singular n.º 124/96;

b) Em cumprimento de ordens do senhor Chefe da Secção de Investigação Criminal os Guardas n.ºs 45/144138 e 109/138752 conduziram o senhor J..., sob detenção, para o Tribunal Judicial da Comarca da Praia da Vitória;

c) O senhor Chefe da Secção de Investigação Criminal não verificou que o duplicado do mandado de detenção não continha a assinatura da senhora Juiz de Direito que a ordenara;

d) Do mesmo passo, os senhores Guardas Rui Manuel da Costa Pinheiro e António Manuel da Silveira não cuidaram de verificar a existência de assinatura da senhora Juiz de Direito no mandado de detenção;

e) Apenas posteriormente à detenção (e já no decurso da instrução do presente processo na Provedoria de Justiça) o senhor Chefe da Secção de Investigação Criminal recebeu, via telefax, cópia do original do mandado de detenção devidamente assinado (cfr. informação enviada a coberto do ofício n.º 457/J., de 26/02/98).

O Direito

4. O Código de Processo Penal permite, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 116º, que o juiz ordene a detenção do arguido que houver faltado injustificadamente a audiência de jusgamento.

5. No caso em apreço, inexistem elementos que permitam entender com exactidão a situação subjacente à reclamada detenção. E isto não obstante a leitura do mandado de detenção (ou, melhor, de um dos exemplares emitidos, uma vez que este é, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 258º, do Código de Processo Penal, passado em triplicado) dever ser suficiente a esta compreensão.

6. Se cumpridas as injunções do mencionado art. 258º, n.º 1, este mandado

deve conter:

- a assinatura da autoridade judiciária [alínea a)];
- a identificação da pessoa a deter [alínea b)];
- a indicação do facto que motiva a detenção [alínea c), 1ª parte];
- as circunstâncias que legalmente a fundamentam [alínea c), parte final].

7. O exemplar entregue ao senhor J..., para além de não conter a assinatura da autoridade judiciária, apenas referia "O Doutor MAFALDA CLARISSE FARIA PESTANA, Juiz de Direito do Tribunal Judicial de Praia da Vitória, MANDA, cumpridas que sejam as formalidades legais, se proceda à DETENÇÃO da pessoa adiante indicada, pelo menor período de tempo possível mas necessária para a comparência deste em audiência de julgamento que se realizará no próximo dia 2 (DOIS) de DEZEMBRO de 1997, pelas 14.00 horas, a fim de ser julgado nos autos identificados em epígrafe".

8. Como vimos, para além da assinatura da autoridade judiciária e da identificação da pessoa a deter, deve proceder-se à indicação das circunstâncias que legalmente fundamentem a detenção e do facto que lhe deu origem. "*A indicação do facto que motivou a detenção exige apenas a indicação do crime e de que há fortes suspeitas de ter sido cometido pela pessoa a deter, e não uma descrição dos factos que à mesma são atribuídos*" (cfr. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal,* 7ª edição, 1996, Almedina, pág. 419).

9. Não cabe aqui a análise da questão dos efeitos da invalidade do mandado de detenção, não obstante ser pacífico que constitui nulidade a não inclusão, naquele, dos requisitos das alíneas do n.º 1 do art. 258º. É certo que, quanto à invalidade do mandado, poder-se-ia invocar encontrar-se sanada em virtude de não ter sido arguida em tempo, nos termos do art. 120º, do Código de Processo Penal; ou, ainda, defender, na mesma linha de raciocínio, que "*as nulidades, qualquer que seja a sua natureza, ficam sanadas logo que se forme caso julgado, não,podendo mais ser arguidas ou conhecidas oficiosamente*" (cfr. Ac. STJ, de 07/06/89, *ob. cit.*, pág. 248).

10. Devo, no entanto, expressar o meu entendimento de que quanto à falta de assinatura da autoridade judiciária, a cominação da nulidade inserta no n.º 1 do art. 258º apenas se refere aos duplicados (não assinados) do mandado de detenção (senão devidamente assinado pelo menos emitido pela autoridade judiciária). Na situação em análise, há fortes indícios de que o mandato proveio da secretaria judicial (a única assinatura que contém é a do Oficial de Justiça) e desconhece-se se terá sido expedido, por erro, antes de estar assinado pela autoridade judiciária, ou se a

autoridade judiciária terá decidido não assinar o mandato (tendo, ainda assim, sido enviado por lapso administrativo).

11. Deve concluir-se, pois, que a circunstância das secretarias judiciais expedirem documentos epigrafados MANDADOS DE DETENÇÃO - que, como se infere da situação presente, são quase sempre copiados de minutas (veja-se que o documento entregue ao senhor J... começa referindo "*o Doutor MAFALDA ...*") - não significa que se esteja, sem mais, na presença de efectivos *mandados de detenção* legais.

12. No caso que aqui nos ocupa, diferentemente da abordagem da questão dos efeitos da invalidade do acto praticado no processo crime então em curso no Tribunal Judicial de Praia da Vitória, importa analisar a detenção efectuada pelos Guardas da Secção de Investigação Criminal do Comando Regional da Horta da Polícia de Segurança Pública. E isto porque, no dia 01/12/97, a ordem cumprida - assim como o documento entregue ao senhor J... - não consubstanciava qualquer mandado de detenção. Assim sendo, os Guardas n.ºs 45/144138 e 109/138752, da Secção de Investigação Criminal do Comando Regional da Horta da Polícia de Segurança Pública, efectuaram uma detenção em condições contrárias às estabelecidas na lei processual penal, bem como ao preceituado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Com efeito, "toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança" e "ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo (...) de acordo com o procedimento legal" (cfr. art. 5º, da Convenção, aprovada, para ratificação, pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro).

13. No que especialmente concerne à PSP-Polícia de Segurança Pública, deve atender-se ao facto da prática de cumprimento de mandados de detenção não assinados poder conduzir à detenção de indivíduos contra quem a autoridade judiciária ou de polícia criminal nunca emitiu, nem pretendeu emitir, qualquer ordem de detenção. Poderá, então, existir uma situação de não apenas falta de assinatura do mandado, mas de total ausência de *animus detentioni*.

14. Também por esta razão, a exigência de entrega de um exemplar do mandado de detenção ao detido é uma garantia de legalidade da detenção. Importa, pois, que este documento consubstancie uma efectiva (e legal) ordem escrita de detenção. Por outro lado, enquanto excepção ao *direito à liberdade* - "*direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar*" (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* 3ª edição, Coimbra Editora, pág. 184) - e ao *direito à segurança* - "*(...) o qual significa essencialmente garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões*" (*idem*) - a privação da liberdade deve revestir especiais cuidados em todos os seus aspectos,

maxime quanto à sua motivação (aqui, apraz-me registar a forma reconhecidamente correcta como os guardas procederam à detenção, designadamente pela discrição revelada).

15. O art. 27.º, da Constituição, não deixa dúvidas quanto à questão do especial cuidado na realização da detenção, chegando mesmo a determinar que "*toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos*" (*vide* n.º 4).

16. A afirmação do senhor Chefe da Secção de Investigação Criminal "(...) sou obrigado a concluir que provavelmente o original do mandado em questão seria o único que continha a assinatura do Meretíssimo Juíz [e que] como este era o primeiro de cima, e se encontrava correctamente preenchido e assinado, provavelmente os restantes exemplares não terão sido verificados (...) uma vez que o exemplar que foi entregue ao detido no acto da detenção (...) não continha a assinatura do Magistrado" (cfr. informação, de 25/02/98, remetida a este Órgão do Estado em anexo ao ofício n.º 457/J., de 26/02/98), não revela a necessária garantia do pleno exercício do "*direito subjectivo à segurança (direito de defesa perante agressões dos poderes públicos)*" (*ibidem*) nem assegura, tão pouco, a vigência do *princípio da legalidade do processo* (*vide* art. 2º, do Código de Processo Penal).

17. Por fim, devo referir que, atento o carácter excepcionalmente grave da aplicação de medidas de privação de liberdade, o seu exercício ilegal constitui o Estado no dever de indemnizar o lesado (cfr. art. 27º, n.º 5, da Constituição).

18. Face aos factos que deixei expostos, concluo ser imperioso garantir que o Comando Regional da Horta da Polícia de Segurança Pública apenas execute mandados de detenção emanados das competentes autoridades judiciária ou de polícia criminal.

II
Conclusões

19. Assim, no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que seja averiguada a situação descrita na presente Recomendação, por forma a apurar os factos que determinaram a entrega ao detido de um exemplar do mandado de detenção não assinado;

B. Que seja dado conhecimento ao interessado, senhor J..., das conclusões da averiguação;

C. Que sejam desencadeadas as diligências necessárias à garantia de que apenas são executados os mandados de detenção emanados das competentes autoridades judiciária ou de polícia criminal, designadamente pela verificação da existência da respectiva assinatura.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Director Regional de Habitação

R-3093/97
R-3109/97
R-3439/97
R-3445/97
R-245/98
Rec. n.º 30/A/98
1998.06.16

I
Exposição de Motivos

Os Factos

1. Foram recebidas neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) diversas reclamações relativas ao cancelamento de subsídios atribuídos no âmbito do programa "SAFIN-Sistema de Apoio Financeiro à Habitação".

2. Segundo as queixas, o apoio financeiro que fora atribuído através da aplicação do programa "SAFIN" foi subitamente cancelado, sem qualquer aviso prévio.

3. Acrescia, ainda nos termos das reclamações, que a decisão de cessação do apoio financeiro teria operado com efeitos retroactivos, uma vez que a comunicação aos interessados dava conta do fim do subsídio, ocorrida em data anterior.

4. Por outro lado, era mencionado que outros beneficiários do programa "SAFIN" continuam auferindo dos apoios financeiros que aquele sistema instituiu.

5. Através do ofício n.º 581, de 10/11/98, a Provedoria de Justiça solicitou a V.Exa. esclarecimentos relativamente:

a) Às razões supervenientes que fundaram a cessação dos apoios atribuídos, uma vez que, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 5º, do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, a concessão das

compensações financeiras tinha *"a duração de sete anos*" (não tendo sido previstas quaisquer excepções ou derrogações à duração do benefício);

b) Ao entendimento sobre a aplicabilidade da sua disciplina jurídica (apenas aos novos processo instruídos ou se, pelo contrário, a todos os processos dos beneficiários do programa "SAFIN").

6. Em resposta, V.Exa. remeteu a este Órgão do Estado, os ofícios n.ºs 1132 e 2271, de 02/02/98 e 26/02/98, respectivamente, nos quais expendia a seguinte argumentação:

a) O Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril, revogou expressamente o Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, e revogou tacitamente o Decreto Regulamentar Regional n.º 7/91/A, de 1 de Março;

b) O art. 15º do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A previu um regime transitório no âmbito do qual "os beneficiários apoiados ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, [ficariam] abrangidos pelas disposições constantes [daquele] diploma, dois anos após a data da sua publicação" (cfr., ponto 4 do supra citado ofício);

c) O Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A não previu qualquer extensão de benefícios aos sócios de cooperativas de habitação e/ou aos beneficiários de habitação a custos controlados, retirando qualquer suporte legal à continuidade do processamento das comparticipações/subsídios a esse grupo de beneficiários;

d) A Direcção Regional da Habitação limitou-se a comunicar o cancelamento do processamento do subsídio, extinto em 29/04/97 em virtude da publicação do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A;

e) Foram indeferidas todas as candidaturas de sócios de cooperativas de habitação e adquirentes de habitações a custos controlados formalizadas após a publicação do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril.

O Direito

7. O Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, criou o "Sistema de Apoio Financeiro à Habitação, abreviadamente designado por SAFIN", com o objectivo de "bonificar os encargos do crédito obtido junto das instituições bancárias

para a construção ou aquisição de casa própria" (vide art. 1º).

8. O apoio financeiro instituído consistia "*numa compensação aos juros*" a qual era calculada em função de pontuação atribuída de acordo com as disposições do SAFIN (*vide* art. 3º).

9. Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 5º, o apoio financeiro tinha a duração de sete anos, podendo - em caso de força maior (definida segundo os critérios previstos no n.º 2) - ir até nove anos.

10. Sobre a conformidade do pedido com os requisitos de acesso (que constam do art. 2º) era ouvida a Direcção Regional de Habitação (art. 6º, n.º 1, *in fine*) que, no prazo máximo de oito dias, prestava aquela informação (n.º 2); então, o Secretário Regional da Habitação e Obras Públicas decidia o pedido de concessão do poio financeiro (n.º 1).

11. Os requisitos negativos (o diploma utiliza a expressão "*critérios para a candidatura*") estavam definidos nas alíneas do n.º 1 do art. 2º.

12. Não obstante regular, ainda, os aspectos relativos à instrução do processo (art. 7º), ao prazo de decisão do pedido (art. 8º) e aos pagamentos dos encargos, obrigações dos beneficiários, e a forma de apuramento do montante do subsídio (art.s 9º, 10º e 11º), foi publicado o Decreto Regulamentar Regional n.º 7/91/A, de 1 de Março - em cumprimento do disposto no art. 16º, do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, que previa a regulamentação no prazo de 90 dias -, cujo objectivo consistia na regulamentação do SAFIN, através da definição dos seus restantes trâmites processuais.

13. Importa notar que o art. 11º, deste Decreto Regulamentar Regional n.º 7/91/A, dispunha que poderiam "ser abrangidos pelo SAFIN os sócios de cooperativas de habitação, desd que não [houvessem] sido anteriormente beneficiados com a cedência de materiais para apoio à construção de casa própria".

14. O Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril, revogou expressamente o Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto.

15. O objecto do SAFIN foi alargado: deixou de compreender apenas a bonificação dos encargos bancários para a construção ou aquisição de casa própria (art. 1º, do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A) e passou a abranger, igualmente, a "*ampliação e ou recupeação de habitação*" (*vide* art. 1º, do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A).

16. Por outro lado, os requisitos de acesso - negativos, no caso do n.º 2, e das alíneas a), b), c), d), f), g) e h) do n.º 3, e positivo, no caso da alínea i), também do n.º 3 - são substancialmente alargados, considerando os anteriores "*critérios para a*

candidatura" definidos nas alíneas do n.º 1, do art. 2º, do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto.

17. A mero título de exemplo, refira-se que passou a constituir requisito de acesso ao apoio "não ser o custo da recuperação ou ampliação da habitação objecto da condidatura superior a 4000 contos, nem o empréstimo contraído pelo interessado, para o efeito, superior a 3000 contos" [vide art. 3º, n.º 3, alínea f), do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A]. Esta disposição é totalmente inovadora uma vez que não tem paralelo no regime criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto.

18. Alteração relevante foi a relativa ao novo prazo de duração do apoio: de sete anos (com possibilidade de chegar aos nove), passou para "*um ano, renovável até ao limite máximo de sete anos, consecutivos ou não*" (*vide* art. 4º, 1ª parte, do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A).

19. Mais substancial, porém, é a alteração resultante do disposto na 2ª parte deste mesmo art. 4º: os beneficiários devem "*satisfazer necessariamente em cada renovação os requisitos previstos no artigo 3º e dar cumprimento ao previsto no artigo 12º*". O art. 3º, como já ficou referido, define os requisitos, negativos e positivo, de acesso ao SAFIN; a referência ao art. 12º aponta para o cumprimento das obrigações impostas pela alínea c) do n.º 1 (de apresentação de documento comprovativo do montante pago, mensalmente, a título de juros, no mês seguinte ao correspondente ao da data de celebração da escritura) e pelo n.º 3 (prova anual do cumprimento das obrigações referentes ao empréstimo objecto do subsídio).

20. Refira-se, ainda, que a disposição que previa a possibilidade dos sócios de cooperativas de habitação serem abrangidos pelo SAFIN (desde que não tivessem sido anteriormente beneficiados com a cedência de materiais) deixou de ter correspondência no Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A.

21. Conclui-se, portanto, que o sistema de apoio financeiro criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril, é substancialmente diferente daquele que havia sido instituído através do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto [1]. E, como igualmente ficou visto, as alterações não consistiram em meros ajustamentos (como seria de esperar pela leitura do prêmbulo do novo diploma) mas em efectivas modificações da estrutura do regime do apoio financeiro à habitação.

22. Não obstante serem mais vastas as alterações de fundo ao SAFIN, importa destacar as relativas à duração do benefício e às condições de acesso, como forma de

ilustrar a ruptura operada com a publicação do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril, e a circunstância de se estar, consequentemente, perante um diferente regime de apoio financeiro à habitação.

23. Com efeito:

Duração do Benefício

No âmbito do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto duração de 7 anos, podendo chegar a 9 anos.

No âmbito do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril concedido pelo prazo de 1 ano, renovável até ao limite máximo de 7 anos E isto não obstante o legislador ter assegurado, no preâmbulo do diploma, que "as alterações que se pretendem agora introduzir não desvirtuam em nada o sistema original, pretendendo, apenas, definir vários conceitos com mais rigor, formular com mais objectividade a constituição do apoio e a duração do benifício (...)" (cfr. parágrafo 3º do preâmbulo do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril). Esta afirmação, como fica visto, não corresponde à realidade.

Condições de Acesso

No âmbito do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto

- não ter o interessado outra habitação própria
- não ter beneficiado do programa de apoio à auto-construção
- não ter adquirido ou construído a actual habitação há mais de 12 anos
- não ter contraído empréstimo superior a 7000 contos
- não ser o rendimento mensal bruto do agregado familiar superior a 8 vezes o SMN
- não ser a área da habitação adquirida ou construída superior a 160 m²

No âmbito do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril

- não ter sido o interessado, ou qualquer dos elementos do seu agregado familiar, apoiado pelo programa de recuperação de habitação degradada em montante que, a preços correntes e somado ao subsídio a ser concedido, ultrapasse o valor do apoio a que teria direito num dos programas referidos no art. 3º, n.º 3, alínea b), do SAFIN
- não ser o interessado, ou qualquer dos elementos do seu agregado familiar, proprietário de prédios urbanos ou rústicos, salvo se estes últimos forem fonte de rendimento do agregado familiar e não sejam passíveis de ser urbanizados

- não ter o interessado, ou qualquer dos elementos do seu agregado familiar, beneficiado do apoio à construção ou aquisição de habitação própria
- Não ter construído ou adquirido a habitação objecto da candidatura há mais de 5 anos
- Não ser o custo da construção ou aquisição da habitação objecto da candidatura superior a 11000 contos, nos 2 anos anteriores à candidatura, nem o empréstimo contraído pelo interessado, para o efeito, superior a 9000 contos
- Não ser o custo da recuperação ou ampliação da habitação objecto da candidatura superior a 4000 contos, nem o empréstimo contraído pelo interessado, para o efeito, superior a 3000 contos
- Não ser o rendimento mensal ilíquido do interessado, ou do seu agregado familiar, com base no ano anterior ao da candidatura, superior aos limites constantes das subalíneas da alínea g) do n.º 3 do art. 3º, do SAFIN
- Não ultrapassar a área bruta da habitação adquirida, construída, ampliada e ou recuperada, os valores constantes das subalíneas da alínea h) do n.º 3 do art. 3º, do SAFIN
- Ter sido o empréstimo contraído para construção, aquisição de casa própria, ampliação e ou recuperação de habitação, nas condições vigentes para o crédito à habitação.

24. O programa SAFIN que passou a vigorar após a publicação do Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril, tem, pois, características - e implicações - que o afastam daquele criado inicialmente através do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto.

25. Quando, no decurso do prazo de vigência do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, foram apresentados pedidos de apoio financeiro ao abrigo do SAFIN, os requerentes candidatavam-se a bonificações aos encargos de crédito obtido em instituições bancárias para a construção ou aquisição de casa própria, atribuídas pelo prazo de sete ou nove anos. Após a apresentação da candidatura, e instruído o respectivo processo, caso o pedido merecesse decisão favorável, "a satisfação dos encargos que [fosse] concedida [seria] efectuada directa e trimestralmente pelo Governo, por depósito em conta do beneficiário expressamente aberta para o efeito na instituição financiadora (...)" (vide art. 9º, n.º 1).

26. O argumento segundo o qual a solução da questão da existência de apoios financeiros atribuídos na vigência do SAFIN aprovado pelo Decreto Legislativo Regional

n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, foi encontrada mediante a publicado, no Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril, da norma transitória constante do art. 15º ² não colhe em absoluto.

27. Com efeito, os beneficiários dos apoios concedidos tinham (e continuam a ter, como se verá) um direito, resultante das decisões que, nos termos do art. 8º, do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, apreciaram os pedidos de bonificação. Os actos em causa são constitutivos de direitos e, como tal, irrevogáveis, nos termos do disposto no art. 140º, n.º 1, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo.

A norma em causa é a seguinte:

"Artigo 15º
Normas transitórias

1 - Os beneficiários apoiados ao abrigo do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, ficarão abrangidos pelas disposições constantes do presente diploma dois anos após a data da sua aplicação.

2 - Decorrido o prazo fixado no número anterior, os apoios concedidos ao abrigo daquele diploma serão reanalisados nos termos constantes do n.º 3, alíneas a), g), h) e i), do artigo 3º e ainda do artigo 9º do presente diploma.

3 - Aos apoios reanalisados, nos termos dos números anteriores, aplica-se o disposto no artigo 4º do presente diploma, considerando-se para esse efeito o período de tempo em que o interessado já usufruiu do subsídio."

28. Acrescidamente, dir-se-á a norma em causa, no sentido em que está a ser aplicado pela Direcção Regional de Habitação (comunicando o cancelamento do processamento do subsídio) atinge o princípio da confiança emanado do art. 2º, da Constituição. No caso em apreço, estamos perante direitos resultantes da aprovação dos processos administrativos regularmente instruídos. A protecção destes direitos decorre, igualmente, do princípio do Estado de direito democrático o qual "mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional que densificam a ideia da sujeição do ponder a princípios e regras jurídicas, garantido aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança" (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada).

29. A alteração do regime do SAFIN operada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 7/95/A, de 29 de Abril, não é aplicável aos beneficiários com pedidos já decididos

porquanto - socorrendo-me, embora em contexto diferente, da argumentação do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 1/97 - "*são ainda postas em causa as expectivas que se referem ao conhecimento prévio das regras de um concurso público e à manutenção de tais regras até à produção de todos os efeitos legais desse concurso*" uma vez que estamos perante "*(...) as expectativas associadas à manutenção do quadro legal em que se opera um concurso público até ao seu termo, que decorrem da própria segurança jurídica característica do Estado de direito democrático*". No caso em apreço, mais do que expectativas estamos perante verdadeiros direitos adquiridos pelo que os argumentos têm força acrescida.

II
Conclusões

30. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que a Direcção Regional da Habitação continue a processar o pagamento dos subsídios atribuídos no âmbito da vigência do Decreto Legislativo Regional n.º 13/90/A, de 7 de Agosto, a todos os candidatos cujo processo mereceu decisão favorável, nos exactos termos dessa decisão e pelo período dela constante.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Horta

R-4635/97
Rec. n.º 31/A/98
1998.06.16

I
Exposição de Motivos

Os Factos

1. Em 26.11.1997, foi apresentada uma reclamação ao provedor de justiça relativa ao concurso público "serviço de fiscalização da empreitada de restauro e adaptação do cine-teatro Faialense a auditório, sala de congressos e centro de conferências".

2. Nos termos da queixa, foram incumpridos procedimentos legais essenciais relativos a concursos públicos. Em especial, era referido que não haviam sido salvaguardadas as garantias de imparcialidade, designadamente porque um dos membros da comissão de abertura e da comissão de análise das propostas teria interesse no contrato em causa.

3. Era, igualmente, reclamada a insuficiente fundamentação de diversos actos praticados no decurso daquele procedimento administrativo, designadamente das respostas à reclamação da deliberação que admitiu a concorrente P..., Lda. e ao

recurso hierárquico da deliberação de indeferimento da reclamação, apresentadas pela concorrente E..., Lda.

4. Em ordem ao cabal apuramento dos factos relevantes, foram solicitados esclarecimentos à Câmara Municipal da Horta, através do ofício n.º 025, de 14/01/98.

5. Importava, então, obter informações relativamente:

a) Aos factores de avaliação constantes

-do anúncio do concurso; e

-do programa do concurso.

b) Aos factores de avaliação ponderados pela comissão de análise de propostas;

c) À composição das comissões de abertura e de análise das propostas;

d) Ao conhecimento, por parte da Câmara Municipal da Horta, de eventual ligação de membros das comissões de abertura e de análise das propostas a alguma das empresas concorrentes.

6. Por outro lado, uma vez que a concorrente E..., Lda. teria, alegadamente, reclamado da deliberação que admitira a concorrente P..., Lda. e teria, também alegadamente, apresentado recurso hierárquico da deliberação de indeferimento da reclamação, foi solicitada cópia das decisões proferidas, incluindo a respectiva fundamentação, bem como da indicação da data em que foram comunicadas aos interessados.

7. Em resposta, V.Exa. remeteu a este Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) o ofício n.º 1391, de 10/03/98, acompanhado dos documentos "anúncio do concurso", "programa do concurso" e "caderno de encargos", bem como do "relatório final de análise das propostas" e de cópia do ofício n.º 2597, de 22/05/97, dirigido ao senhor gerente da E..., Lda., que comunicava a apreciação do recursos hierárquico interposto por este concorrente da decisão de indeferimento da reclamação de 29/04/97 e enviou, ainda, cópia do despacho de 28/02/97 que designa os membros das comissões de abertura e análise das propostas.

8. Nos termos da reclamação, como já vimos:

I .Um dos membros da comissão de análise das propostas tinha interesse no contrato

II. Ocorrera deficiente fundamentação do acto:

a) Que decidiu a reclamação da deliberação que admitiu a concorrente P..., Lda.;

b) Que decidiu o recurso hierárquico interposto da deliberação anterior.

9. A apreciação dos factos reclamados - incumprimento dos procedimentos legais relativos à imparcialidade da análise das propostas e insuficiente fundamentação das respostas à reclamação da deliberação que admitiu a concorrente P..., Lda. e ao recurso hierárquico que se lhe seguiu - pressupõe a análise do normativo aplicável, designadamente aquele relativo à realização de concursos públicos.

O Direito

10. A contratação do "serviço de fiscalização da empreitada de restauro e adaptação do cine-teatro Faialense a auditório, sala de congressos e centro de conferências" foi realizada mediante concurso público, nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março (diploma que estabelece o regime da realização de despesas públicas com locação, empreitadas de obras públicas, prestação de serviços e aquisição de bens, bem como o da constratação pública relativa à prestação de serviços, locação e aquisição de bens móveis) com sujeição, em especial, às normas constantes da secção II (art.s 38º e seguintes).

11. O concurso público [no qual "*(...) qualquer interessado que reúna os requisitos exigidos pode apresentar uma proposta*" (art. 31º, n.º 2)] é o procedimento aplicável quando o valor da contratação "*seja superior a 20 000 contos*" [art. 32º, n.º 1, alínea a)].

12. "No concurso público haverá sempre um programa de concurso e um caderno de encargos (...)" (art. 39º, n.º 1) destinando-se, aquele, a "definir os termos a que obedece o concurso" (art. 40º) e contendo este as disposições jurídicas e técnicas a incluir no contrato a celebrar.

13. A subsecção II da secção II (epigrafada "Dos requisitos exigíveis") estabelece directrizes sobre a salvaguarda das garantias de idoneidade (art. 44º), habilitações profissionais exigíveis (art. 45º) e avaliação das capacidades financeira (art. 46º) e técnica (art. 47º) dos concorrentes.

14. Pela relevância que assume para a presente análise, importa descrever os procedimentos de abertura e análise das propostas.

Abertura das Propostas

15. A abertura das propostas é assegurada, em sessão pública, por uma comissão designada para o efeito. Esta, formada nos termos do n.º 1 do art. 57º é, em cumprimento do disposto nessa mesma norma, "*constituída, pelo menos, por três membros, um dos quais presidirá*", e compete-lhe proceder à abertura de todas as

propostas apresentadas.

16. Esta fase, que a lei designa por "acto público do concurso", compreende a abertura das propostas (art. 57º), assegurando os procedimentos descritos no art. 58º.

17. A sessão do acto público é contínua (art. 57º, n.º 3), ocorre no dia útil imediato à data limite para a apresentação das propostas [ou, por motivo justificado, dentro dos 30 dias subsequentes (n.º 2)] e inicia-se com a abertura das propostas.

18. A primeira parte deste acto público integra os seguintes procedimentos:

I. Abertura da sessão (art. 58º, n.º 1);

II. Identificação do concurso e referência às datas de publicação do anúncio [alínea a)];

III. Leitura da lista de concorrentes [alínea b)];

IV. Abertura dos sobrescritos exteriores, nos termos do art. 55º, n.º 3 [alínea c)];

V. Verificação dos documentos que acompanham a proposta [alínea d)];

VI. Deliberação sobre a exclusão ou admissão definitiva ou condicional dos concorrentes alínea d), *in fine*];

Nos termos do disposto no art. 59º, não são admitidos os concorrentes:

- Cujas propostas hajam sido apresentadas fora de prazo [n.º 1, alínea a)];
- Que não tenham cumprido as formalidades de apresentação de propostas, que constam do art. 55º [alínea b)];
- Que não tenham apresentado todos os documentos obrigatórios ou cujas propostas contenham deficiências insupríveis [alínea c)];
- Que tenham prestado falsas declarações ou falsificado qualquer documento [alínea d)].

Por outro lado, são admitidos sob condição os concorrentes:

- Que, não apresentando os documentos oficiais exigidos, tenham requerido a sua emissão em tempo [n.º 2, alínea a)];
- Cujos documentos contenham imprecisões que lhes não são imputáveis [alínea b)].

Nestas situações, a comissão de abertura de propostas concede o prazo de dois dias para suprimento das deficiências. Nesta situação, no primeiro dia útil subsequente, "(...) será reaberto o acto público do concurso para decisão sobre a admissão ou exclusão dos concorrentes admitidos condicionalmente" (art. 63º, n.º 1).

VII. Leitura da lista de concorrentes admitidos e excluídos [alínea e)].

19. Durante a sessão pública, os concorrentes podem, nos termos do disposto no art. 58º, n.º 2, pedir esclarecimentos, solicitar o exame de documentos e reclamar da prática de qualquer infracção. Estas "(...) reclamações devem ser decididas no próprio acto" (n.º 3).

20. A segunda parte da sessão pública compreende:

I. Abertura dos sobrescritos com as propostas admitidas(art.60º, n.º 1);

II. Exame formal das propostas (n.º 2);

III. Deliberação sobre admissibilidade das propostas (n.º 2, *in fine*);

Nos termos do disposto no art. 61º, não são admitidas as propostas:

- Que não contenham os elementos essenciais estipulados no programa de concurso ou os documentos exigidos nos termos do art. 53º [alínea a)];
- Que impliquem alterações não admitidas de cláusulas do caderno de encargos [alínea b)].

IV. Leitura da lista das propostas admitidas e não admitidas, referindo o preço total de cada proposta admitidas (n.º 3);

V. Fixação de prazo para exame, pelos concorrentes, das propostas e respectivos documentos (n.º 4);

21. Nos mesmos termos estipulados no art. 58º, n.º 2 (para a primeira parte do acto público), os concorrentes podem pedir esclarecimentos e reclamar da prática de qualquer infracção. Também estas "*(...) reclamações devem ser decididas no próprio acto de abertura das propostas (...) de cujo resultado* [a comissão] *dará imediato conhecimento público, com os devidos fundamentos*" (n.º 6).

22. Do acto público do concurso é elaborada acta (art. 62º, n.º 1) após cuja leitura podem os concorrentes reclamar. A comissão só dará por finda a sessão pública após decidir as reclamações (n.º 2).

23. Das deliberações sobre as reclamações cabe recurso hierárquico para o órgão máximo da entidade pública contratante, a interpor no prazo de cinco dias a contar da notificação do indeferimento ou da entrega da certidão da acta de onde conste aquele acto (art. 64º, n.º 1). "Se o recurso for deferido, praticar-se-ão todos os actos necessários à sanação dos vícios e à satisfação dos legítimos interesses do recorrente ou, se isso não bastar para a reposição da legalidade, declara-se a nulidade ou revoga-se o acto de abertura do concurso", nos termos do n.º 3.

Análise das Propostas

24. A análise das propostas é feita por uma comissão designada para o efeito

pela entidade pública contratante, formada nos termos do n.º 1 do art. 65º - "composta no mínimo por três elementos (...) a qual pode agregar peritos, sem direito a voto, para a emissão de pareceres em áreas especializadas". O n.º 2 dispõe que "a comissão de análise não pode ser constituída na sua totalidade pelos mesmos membros da comissão de abertura de propostas, salvo indicação em contrário da entidade pública contratante".

25. A comissão elabora um relatório (o art. 66º, n.º 1 cuida de referir, expressamente, que deve ser fundamentado) sobre o mérito das propostas.

26. É imposta, pelo art. 67º, a obrigatoriedade de ser assegurado o cumprimento da audiência prévia [que é assegurada pela entidade contratante ou, em caso de delegação, pela comissão de análise das propostas (n.º 5)] dos concorrentes. Esta pode ser escrita ou oral (n.º 1, *in fine*). No primeiro caso, dispõem de cinco dias para se pronunciarem; no segundo, devem ser convocados, com a antecedência de cinco dias, para a audiência oral (n.º 2).

27. Por fim, após ponderar as observações, "a comissão (...) submete à entidade competente para adjudicar um relatório final devidamente fundamentado" (art. 68º).

Conclusões

1. Sobre a questão da composição das comissões de abertura e de análise das propostas.

28. Como ficou visto, na parte relativa à análise das propostas (subsecção V), o n.º 1 do art. 65º define, tal como acontece para a comissão de abertura das propostas, a sua composição tripartida e, da mesma forma, a sua designação pela entidade pública contratante. No entanto, como igualmente já foi frisado, que a comissão de análise não pode ser constituída na sua totalidade pelos mesmos membros da comissão de abertura de propostas, salvo indicação em contrário da entidade pública contratante. Para ser assegurado o cumprimento deste requisito é insuficiente a mera designação da composição das comissões no mesmo documento - como aconteceu no caso em apreço (através do mesmo despacho do senhor Presidente da Câmara Municipal da Horta, de 28/02/97).

29. Com efeito, a expressão da lei "*salvo indicação em contrário*" apenas assume relevância prática se exigir à entidade pública contratante a fundamentação da decisão de manter a mesma composição nas duas comissões. De outra forma, e uma vez que é sempre a entidade pública contratante a designar a composição das duas

comissões, não faria sentido impor, como faz o texto legal, a indicação em contrário. Para o legislador não basta a simples designação igual da composição das comissões; é necessário conhecer das razões (ponderosas na óptica do interesse público) que a motivaram[41].

30. Esta situação assume particular relevância no processo em análise. Com efeito, nos termos do despacho de 28/02/97 do senhor Presidente da Câmara Municipal da Horta que nomeia as comissões de abertura e análise das propostas, são os seguintes os membros das comissões:

Presidente: Vereador Rui de Jesus Goulart

Vogais: Eng. José Carvalho

Eng: Monteiro Lopes

Técnico Adjunto de Construção Civil: Carlos André

Suplentes: Vereador Manuel Goulart

Técnico Adjunto de Construção Civil: Isaltino Silva

31. Resulta com clareza da instrução do processo que o membro das comissões de abertura e análise das propostas visado na queixa é o senhor Engenheiro J... Diversos documentos entregues neste Órgão do Estado estabelecem uma inequívoca relação entre o senhor Engenheiro José Carvalho e a empresa P..., Lda. Em especial, em Janeiro de 1995 e no âmbito do concurso público "prestação de serviços de planeamento, coordenação e fiscalização de empreitada - concepção/construção do destino final das águas residuais da cidade de Angra do Heroísmo, incluindo a remodelação da rede de águas", o senhor Engenheiro José Carvalho era apresentado no organigrama da P..., Lda. como chefe de projectos desta empresa.

32. Acresce que, a empresa E..., Lda. enviou, em 30/04/97, o ofício n.º 702/MP/P97.143, no qual refere:

> "(...) vimos (...) solicitar encarecidamente a V.Exa., e no sentido de garantir imparcialidade na apreciação, que nenhum dos elementos nomeados para esta comissão tenha qualquer ligação de colaboração assídua com alguns dos concorrentes, contrariamente ao verificado na abertura das propostas, designadamente o Eng. J... com o concorrente "PROSPECTIVA"".

33. Esta comunicação da concorrente E..., Lda. assume particular importância porquanto:

---

[41] Compreender-se-ia, por exemplo, que em projectos de extrema complexidade técnica, a entidade pública em causa justificasse a composição idêntica de ambas as comissões com o argumento de que os membros designados eram os únicos com conhecimentos técnicos para a análise, tanto da apresentação das propostas como da sua análise. Não é, como se verá, o acontece no presente concurso.

- faz cessar o eventual desconhecimento da Câmara Municipal da Horta quanto à possibilidade existirem razoáveis suspeitas de isenção de um dos membros da comissão de análise das propostas;
- constitui um pedido expresso de alteração da composição da comissão de análise das propostas.

34. O art. 44º, do Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro), na parte relativa às garantias de imparcialidade (secção VI) do Capítulo I, enumera, exaustivamente, os casos de impedimento dos titulares de órgãos ou agentes da Administração Pública. "Agentes da Administração Pública devem entender-se, para efeitos desta norma, todos quanto intervêm no procedimento em nome da Administração ou do lado do interesse público - peritos, testemunhas, árbitros ..." (cfr. A. REBORDÃO MONTALVO, Código do Procedimento Administrativo, 1992, Almedina, pág. 85).

35. Não resultaram da presente instrução quaisquer indícios de impedimento relativamente ao senhor Engenheiro J....

36. "(...) Quando ocorra circunstância pela qual possa razoavelmente suspeitar-se da sua isenção ou rectidão da sua conduta (...)" o agente deve pedir dispensa de intervir no procedimento (vide art. 48º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo). Diferentemente do que se verifica na situação anteriormente descrita (impedimento), a enumeração legal dos casos de escusa ou suspeição é meramente exemplificativa. O n.º 2 do mesmo preceito prevê a possibilidade de "com fundamento semelhante e até ser proferida decisão definitiva (...) qualquer interessado [poder] opôr suspeição a (...) agentes que intervenham no procedimento, acto ou contrato" [42]

37. Nos termos do art. 49º, o pedido deve ser dirigido à entidade competente para dele conhecer e devem ser indicados "*com precisão*" os factos que o justifiquem (n.º 1) sobre os quais será ouvido o agente visado (n.º 3). A decisão do pedido deve ser proferida no prazo de oito dias (art. 50º, n.º 2) e, caso seja reconhecida a procedência do pedido, o agente deve ser imediatamente substituído pelo respectivo substituto legal (art. 47º, *ex vi* art. 50º, n.º 3).

38. Uma vez que o art. 50º, n.º 3 igualmente remete, em caso de ser requerida

[42] «A enumeração de hipóteses nas alíneas a) a d) do nº 1, é meramente exemplificativa: para que haja escusa ou suspeição de um órgão basta que "ocorra circunstância pela qual se possa razoavelmente suspeitar-se da sua isenção ou da rectidão da sua conduta"» (DIOGO FREITAS DO AMARAL, JOÃO CAUPERS, JOÃO MARTINS CLARO, JOÃO RAPOSO, PEDRO SIZA VIEIRA e VASCO PEREIRA DA SILVA, Código do Procedimento Administrativo Anotado, 2ª edição, Almedina, pág. 90).

a declaração de suspeição por interessado, para o art. 46º (relativo aos efeitos da arguição do impedimento) é de entender que "(...) o agente deve suspender a sua actividade no procedimento logo que (...) tenha conhecimento do requerimento (...) até à decisão do incidente, salvo ordem em contrário do respectivo superior hierárquico" (n.º 1), apenas devendo "(...) tomar todas as medidas que forem inadiáveis em caso de urgência ou de perigo, as quais deverão ser ratificadas pela entidade que [o] substituir" (n.º 2).

39. A invocação da existência de "ligação de colaboração assídua" do senhor Engenheiro J... à empresa P..., Lda. é uma afirmação conclusiva a qual, em respeito pela imposição do art. 49º, n.º 1, in fine, ("(...) indicando com precisão os factos que o justifiquem") deveria ter sido concretizada através da descrição dos factos que consubstanciavam aquela alegada ligação.

40. Não obstante, o ofício n.º 702/MP/P97.143, de 30/04/97, deveria ter merecido resposta fundamentada. Esta, para além de se revelar determinante para o entendimento da decisão sobre a arguição da suspeição, constituia um dever legal, consignado no art. 124º, n.º 1, alínea c), do Código do Procedimento Administrativo ("(...) devem ser fundamentados os actos administrativos que, total ou parcialmente, decidam em contrário de pretensão ou oposição formulada por interessado (...)").

41. A própria falta de resposta ao pedido da E..., Lda. adensou, injustificadamente, as suspeitas de ausência de imparcialidade inicialmente invocadas. Por outro lado, e como já referi, o despacho que nomeou a comissão de análise das propostas violou o disposto no art. 65º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março, porquanto a Câmara Municipal da Horta não invocou fundamentadamente qualquer razão para a composição ser idêntica à da comissão de abertura de propostas. Esta acto, porque praticado com violação de lei, é anulável nos termos do disposto nos art.s 135º, e segs., do Código do Procedimento Administrativo.

2. Sobre a questão da decisão da reclamação da deliberação que admitiu a concorrente P..., lda.

42. A E..., Lda. apresentou, nos termos do disposto no art. 58º, n.º 2, reclamação da decisão que admitiu a concorrente P..., Lda. por entender que um dos documentos apresentados por esta empresa não cumpria o requisito imposto pelo ponto 11.1, alínea g.1., do programa de concurso.

43. A referida cláusula impunha aos concorrentes a apresentação de

documentos justificativos da sua capacidade financeira. Em alternativa, os concorrentes poderiam apresentar "declaração bancária donde conste que o concorrente tem capacidade financeira e económica para a execução do contrato em caso de adjudicação" (alínea g.1.) ou "declaração respeitante ao volume de negócios relativos à actividade específica objecto do presente concurso, no decurso dos três últimos exercícios" (alínea g.2.). A reclamação defendia que o documento apresentado não fazia referência à execução do contrato mas, tão somente, às condições necessárias para a participação em concursos públicos. Por outro lado, a mesma declaração bancária terminava com a afirmação de que "esta declaração que se reporta à presente data, é dada de acordo com as informações colhidas na praça, não envolvendo para o Banco responsabilidade" o que, no entender da empresa reclamante, contrariava o espírito da exigência do referido documento.

44. A E..., Lda. pediu, ainda, certidão da acta do acto público, bem como cópia do documento reclamado (declaração bancária relativa ao concorrente concorrente P..., Lda.).

45. A comissão de abertura de propostas indeferiu a reclamação com a argumentação de que o concorrente deveria ter reclamado na primeira parte do acto público e de que o documento era de apresentação facultativa pelo que a sua falta, ou alguma incorrecção, não implicava a eliminação do concorrente.

46. Importa verificar o conteúdo da acta do acto público do concurso, elaborada nos termos do disposto no art. 62º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março:

> "Aos vinte e nove dias do mês de Abril de 1997, realizou-se pelas 10H30 horas, nos Paços do Município da Horta, o acto público do concurso em epígrafe, registando-se a presença (...)
>
> Aberto o acto pela comissão de abertura de propostas, constituída (...)
>
> Em seguida procedeu-se à abertura dos sobrescritos devidamente identificados e lacrados. Verificando-se que todos os concorrentes reuniam as condições exigidas, foram as propostas admitidas, à excepção da proposta alternativa da Norma (...). Não havendo da parte dos concorrentes qualquer reclamação a apresentar ao pedido de exame de documentos, passou-se à fase de abertura dos sobrescritos contendo as propostas que (...) Por fim a comissão de abertura das propostas procedeu à rubrica de todos os documentos, tendo sido colocados à disposição dos representantes presentes para consulta.

O representante do concorrente EFIP - Estudos, Fiscalização e Projectos, Lda. apresentou a reclamação que se anexa.

(...)".

47. Na parte relativa à apresentação da reclamação, afigura-se-me correcta a invocada (pela comissão de abertura das propostas) necessidade de apresentação da reclamação sobre os documentos que acompanham as propostas na primeira parte do acto público. Com efeito, os representantes dos concorrentes podem, ao abrigo do disposto no art. 58º, n.º 3, solicitar o exame dos documentos e apresentar reclamações durante toda a primeira parte do acto público, relativamente à admissão de concorrentes, e durante a segunda parte da sessão pública, relativamente à admissão de propostas. A segunda parte do acto público é especificamente dedicada à análise das propostas considerando-se que a não apresentação de reclamações durante a primeira parte significa que os concorrentes consideram não ter sido praticada nenhuma infracção (vide art. 60º, n.º 5, do do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março, que expressamente refere "os concorrentes (...) podem (...) apresentar reclamações, sempre que tenha sido cometida sobre as deliberações relativas à admissão das propostas qualquer infracção aos preceitos deste diploma").

48. Já o segundo argumento (embora, na prática, seja irrelevante a sua consideração uma vez que não foi apresentada reclamação em tempo útil) não colhe. A referida declaração bancária não era de apresentação facultativa mas alternativa. Com efeito, como forma de comprovar a sua capacidade financeira os concorrentes poderiam, em alternativa, apresentar declaração bancária donde constasse que o concorrente tinha capacidade financeira e económica para a execução do contrato em caso de adjudicação ou declaração respeitante ao volume de negócios relativos à actividade específica objecto do presente concurso, no decurso dos três últimos exercícios. A apresentação era, não obstante, obrigatória (embora alternativa).

3. Sobre a questão da decisão do recurso interposto do indeferimento da reclamação da deliberação que admitiu a concorrente P..., lda.

49. V.Exa. enviou a este Órgão do Estado cópia do ofício n.º 2597, de 22/05/97, dirigido ao senhor gerente da E..., Lda. comunicando a apreciação do recurso hierárquico interposto por este concorrente da decisão de indeferimento da reclamação de 29/04/97.

50. É o seguinte o teor da missiva:

"Cumpre-me levar ao conhecimento de V.Exa. que a Câmara Municipal da Horta em sua reunião realizada nesta data apreciou o recurso hierárquico interposto

por essa Sociedade da deliberação da Comissão de Abertura de Propostas que indeferiu a reclamação apresentada no Acto Público do Concurso, tendo deliberado por unanimidade indeferi-lo por considerar que a declaração bancária apresentada pelo concorrente Prospectiva está conforme o exigido pelo n.º 11.1 da alínea g) I do Programa do Concurso, e que o facto da sua redacção ser diversa da apresentada pelo reclamante não reduz a sua credibilidade, tanto mais que não foi imposta nenhuma minuta para as "Declarações das Entidades Bancárias"".

51. Verifica-se, pois, que o recurso hierárquico não acolheu o essencial da argumentação da deliberação que indeferiu a reclamação (a sua apresentação extemporânea). Pelo contrário, sustenta a decisão em motivação diversa: a declaração bancária está conforme com o exigido no ponto 11.1, alínea g.1., do programa de concurso. Esta fundamentação do recurso hierárquico é claramente insuficiente uma vez que não enuncia as razões, de facto e de direito, que levam a concluir que a "declaração bancária (...) está conforme [com] o exigido" nem explica, tão pouco, porque entende que a respectiva redacção "não reduz a sua credibilidade".

52. Justificação para este facto pode ser encontrada na acta da reunião da Câmara Municipal da Horta, de 22/05/97. Com efeito, na parte relativa à apreciação do recurso hierárquico interposto pela E..., Lda. é descrito que foram "*apreciados os documentos em causa e bem assim um parecer jurídico sobre o assunto (...)*". Nos termos do disposto no art. 125º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, "*a fundamentação deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em mera declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas, que constituirão neste caso parte integrante do respectivo acto*". Nesta situação, porém, a decisão que remete para o conteúdo de parecer deve ser por ele acompanhada, só assim sendo possível a sua completa compreensão. Uma vez que na presente situação não é dado conhecimento do mencionado parecer subsiste a deficiente fundamentação. "A falta de fundamentação, nos casos em que esta é obrigatória, gera vício de forma, que invalida o acto a que respeita" (Acordão STA, de 19/02/81, Acordãos Doutrinais, n.º 234, pág. 707).

4. Sobre a questão da audiência dos concorrentes, nos termos do disposto no art. 67º, do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março

53. Já referi que, pelo art. 67º, é imposta a obrigatoriedade de ser assegurado o cumprimento da audiência prévia dos concorrentes [assegurada pela entidade contratante ou, em caso de delegação, pela comissão de análise das propostas (n.º 5)], a qual pode ser escrita ou oral (n.º 1, *in fine*). No primeiro caso, os concorrentes dispõem de cinco dias para se pronunciarem; no segundo, devem ser convocados, com a antecedência de cinco dias, para a audiência oral (n.º 2).

54. Através de ofício de 23/06/97, a Câmara Municipal da Horta comunicou que "pela comissão de análise das propostas ao concurso (...) foi considerada a propostas apresentada pela PROSPECTIVA - PROJECTOS, SERVIÇOS, ESTUDOS, LDA. como a mais favorável, propondo a respectiva adjudicação".

55. A E..., Lda. (ofício n.º 2065/MP/P97.143, de 04/11/97) respondeu que "em 3 de Julho, esta empresa concorrente apresentou uma reclamação sobre o referido relatório, não tendo então obtido qualquer outra informação sobre o concurso".

56. Por fim, a Câmara Municipal da Horta expediu o ofício n.º 5976, de 19/11/97, dirigido à E..., Lda., do seguinte teor:

> "Satisfazendo o solicitado no ofício de V.Exa. supra referenciado informo que a reclamação apresentada foi considerada procedente.
>
> Reformulado o Relatório da Comissão de Análise verificou-se que a proposta apresentada pela PROSPECTIVA mantinha a mesma posição - 1ª classificada - pelo que lhe foi adjudicada a prestação de serviço".

57. Independentemente da consideração da reclamação da E..., Lda. - que a Câmara Municipal da Horta afirma ter considerado procedente - o certo é que, após a reformulação do relatório da comissão de análise das propostas (e porque se trata, para todos os efeitos, de um novo relatório) ter-se-ia que cumprir, previamente, o disposto no art. 67º, do Decreto-Lei n.º 55/95, a audiência dos concorrentes. Não o tendo feito, A Câmara Municipal da Horta preteriu uma formalidade essencial, produzindo a invalidade do acto de adjudicação. Este acto, porquanto viciado de vício de forma, é anulável, nos termos do disposto nos art.s 135º, e segs., do Código do Procedimento Administrativo.

Recomendação

58. O concurso público "serviço de fiscalização da empreitada de restauro e adaptação do cine-teatro Faialense a auditório, sala de congressos e centro de conferências" promovido pela Câmara Municipal da Horta incumpriu diversos preceitos legais, violando disposições quer do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de Março, quer do

Código do Procedimento Administrativo. Importa, em especial, chamar a atenção da Câmara Municipal da Horta para a sucessão de ilicitudes verificadas no concurso público em análise, desde a nomeação das comissões de abertura e análise das propostas até à adjudicação do contrato sem prévia audiência dos restantes concorrentes.

59. Sendo certo que a que a empreitada em causa já decorre há algum tempo, bem como certamente a respectiva fiscalização, não é de recomendar a revogação dos procedimentos inválidos do concurso e o seu processamento "*ab initio*", até porque em alguns casos não estão preenchidos os requisitos da sua revogabilidade, nos termos do disposto do art. 141º, n.º 1, "*ex vi*" 136º, n.º 1, do Código de Procedimento Administrativo.

60. Apesar de ser imperiosa a recomendação no sentido de que a Câmara Municipal da Horta assegure, no futuro, o integral cumprimento do quadro normativo aplicável aos concursos públicos, a situação em apreço justifica que o provedor de justiça reconheça que é procedente a reclamação do concorrente E..., Lda.

61. Não posso, por fim, deixar de considerar que deveria a Câmara Municipal da Horta promover acordo com o concorrente E..., Lda. no sentido de serem ressarcidos os prejuízos sofridos em virtude dos factos anteriormente descritos devendo, em especial, levar em linha de conta as despesas comprovadamente realizadas no âmbito da participação do concurso público em apreço.

62. Não obstante não ter sido esse o âmbito do pedido dirigido a este Órgão do Estado, a impossibilidade de ser processado novo concurso público com o mesmo objecto impõe que se considere a reparação dos danos causados o meio idóneo, não só de obtenção da reparação de danos directamente provocados, mas igualmente de salvaguarda do princípio da justiça [no sentido de permitir "à Administração a obtenção de uma "solução justa" relativamente aos problemas concretos que lhe cabe decidir" (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, Coimbra Editora, pág. 925)].

II
Conclusões

63. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A) Que promova acordo com o concorrente E..., Lda. no sentido de serem ressarcidos os prejuízos comprovadamente sofridos em virtude das diversas irregularidades verificadas no concurso público "serviço de fiscalização da empreitada de restauro e adaptação do cine-teatro Faialense a auditório, sala de congressos e centro de conferências".

B) Que assegure, em concursos públicos que venha a promover, o estrito cumprimento das disposições legais aplicáveis e, em especial, das relativas às garantias de imparcialidade e salvaguarda dos direitos dos administrados.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo

R-5733/96
Rec. n.º 32/A/98

I
Exposição de Motivos

Os Factos

1. O provedor de justiça recebeu uma reclamação na qual eram referidos, em suma, os seguintes factos relevantes:

a) A senhora D. M... sofreu um acidente, em 07/09/96, na Rua da Malagueta, freguesia da Serreta, no concelho de Angra do Heroísmo;

b) Com efeito, em virtude das obras que ali decorriam, a referida senhora ficou com o pé esquerdo preso no tubo de distribuição de água;

c) Transportada, de urgência, ao Hospital de Angra do Heroísmo (Serviço de Ortopedia) foi diagnosticada uma fractura naquele pé;

d) Posteriormente, e em consequência, foi submetida a uma intervenção cirúrgica;

e) Naquela ocasião, a empresa MARSILOP procedia a trabalhos na Rua da Malagueta, os quais consistiam na construção de colectores de águas residuais;

f) O espaço disponível para a circulação dos transeuntes era diminuto, mal sinalizado e não fora devidamente cuidado (designadamente através da limpeza do caminho, o qual apresentava-se escorregadio pela existência, em cima de uma placa metálica que servia de passagem, de terra e gravilha proveniente das escavações);

e) A ocorrência foi participada, em 14/09/96, à Câmara Municipal de Angra do Heroísmo.

2. Pelo ofício n.º 123, de 21/04/97, este Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) solicitou esclarecimentos à Câmara Municipal. Em especial, a autarquia foi inquirida sobre o estado do processo relativo ao mencionado acidente.

3. A resposta da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo (cfr. ofício n.º 3092, de 15/05/97) consistiu na remessa "de toda a correspondência havida na sequência da reclamação apresentada (...)".

4. Para além dos elementos já constantes do processo em instrução na Provedoria de Justiça, era dado conta de que *"a participação do acidente ocorrido na Rua da Malagueta, apresentada* [na] *Câmara no dia 14 de Setembro* [de 1996] *foi remetido à Fiscalização da Empreitada "Consórcio EFIP/HP", em 29 do mesmo mês, para que junto do empreiteiro fosse dado o devido andamento*" (cfr. ofício de 08/01/97, dirigido ao senhor J...), e de que os contactos directos entre a reclamante e a companhia de seguros do empreiteiro não haviam resultado em acordo (cfr. ofício n.º 720/MP/FI95.7, de 02/05/97, das empresas E..., Lda. e H....).

Os Fundamentos

5. A Câmara Municipal de Angra do Heroísmo não contraditou qualquer dos factos alegados na exposição de 14/09/96, nem perante o reclamante, primeiro, nem, tão pouco, perante a Provedoria de Justiça, depois. Assim sendo, é dado como adquirido que:

a) A Câmara Municipal de Angra do Heroísmo é a dona da obra denominada "empreitada de concepção / construção do destino final das águas residuais da cidade de Angra do Heroísmo incluindo remodelação da rede de águas";

b) Em virtude de contrato administrativo de empreitada de obras públicas, a

empresa MARSILOP constituiu-se como empreiteiro.

6. O Regime de Empreitadas de Obras Públicas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, rectificado mediante a declaração de rectificação n.º 40/94, de 31 de Março, e alterado pelo Decreto-Lei n.º 208/94, de 6 de Agosto) impõe ao empreiteiro a obrigação de executar os trabalhos necessários para garantir a segurança das pessoas empregadas na obra e do público em geral.

7. Desde logo, as especificações técnicas que devem constar dos documentos relativos a cada contrato (*vide* art. 21º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro) incluem as realtivas à segurança [anexo I, alínea b)], devendo entender-se que abrangem a segurança da própria obra, do pessoal e de terceiros.

8. Acresce que o Decreto Regulamentar n.º 33/88, de 12 de Setembro, impõe a quem, por acção ou omissão, der causa à existência de qualquer obstáculo localizado na via pública a obrigação de o sinalizar, de forma bem visível, e a uma distância que permita evitar qualquer acidente.

9. Resulta da descrição constante da exposição dirigida a V.Exa., em 14/09/96, pelo reclamante - a qual não foi, igualmente, contraditada - que "*no local verifica-se apenas a existência de uma pequena extensão de fita de plástico, de cor vermelha e branca, enrolada como se de uma corda se tratasse (...)*". Por outro lado, não foi referida a existência de qualquer "passadeira" (em madeira ou outro material) que permitisse a passagem dos transeuntes em segurança e afastados da zona em obras

10. As fotografias cujas cópias a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo fez juntar ao processo aberto neste Órgão do Estado com o ofício n.º 3092, de 15/05/97, permitem verificar a precaridade das condições de circulação pedestre na via em causa.

11. Talvez esta circunstância justifique que a Companhia de Seguros Fidelidade, S.A., interpelada na qualidade de seguradora do empreiteiro, se tenha limitado a afirmar que em "conformidade com os elementos [em seu] poder, não cabe qualquer culpa à (...) segurada" (cfr. ofício de 24/02/97, dirigida pela Companhia de Seguros à senhora Dª. M...). Não são aditados quaisquer motivos, de facto ou de direito, para afastar a responsabilidade pela ocorrência do sinistro.

12. Os elementos carreados para o processo permitem-me concluir que o empreiteiro inobservou as disposições legais atrás citadas, ao sinalizar deficientemente a obra e ao não providenciar pela existência efectiva de condições de segurança para o público em geral. Esta inobservância constitui um acto culposo do empreiteiro, pelo que deveria este ter indemnizado a interessada por facto ilícito.

13. No entanto, há que atender ao facto do contrato de empreitada de obras

públicas ser um contrato administrativo no âmbito do qual a autoridade administrativa detém "poderes de direcção, de controle e de vigilância (...) como poderes originários e inalienáveis, consequência da natureza pública do fim que se pretende realizar" (cfr. J. ANDRADE DA SILVA, Regime jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, 3ª edição, 1992, Almedina, pág. 408).

14. Assim sendo, acompanho o autor citado quando faz notar que "sendo certo que a colaboração dos particulares (empreiteiros) é necessária para a realização dos obras públicas, a verdade é que a Administração não delega a sua função e continua, apesar disso, responsável perante a colectividade, pela boa realização da obra e pela segurança pública que, a não ser assim, poderiam ser comprometidas por uma execução defeituosa" (idem).

15. Assim se compreende, e justifica, o disposto no art. 161º, alínea n), do mencionado Regime de Empreitadas de Obras Públicas ("*à fiscalização incumbe vigiar e verificar o exacto cumprimento do projecto e suas alterações, do contrato, do caderno de encargos e do plano de trabalhos em vigor e, designadamente resolver, quando forem da sua competência, ou submeter, com a sua informação, no caso contrário, à decisão do dono da obra todas as questões que surjam ou lhe sejam postas pelo empreiteiro e providenciar no que seja necessário para o bom andamento dos trabalhos, para a perfeita execução, segurança e qualidade da obra e facilidade das medições*").

16. Não só a fiscalização da obra competia, a todo o tempo, à Câmara Municipal de Angra do Heroísmo - sendo irrelevante, para efeitos da presente Recomendação, a forma (directa ou contratualizada) como foi exercida - como estamos perante uma situação de acompanhamento directivo, na expressão de J. MARQUES VIDAL e JOSÉ CORREIA MARQUES (vide Empreitada e Fornecimento de Obras Públicas, 1982, Almedina, pág. 29).

17. A aplicação à presente situação do regime da responsabilidade (objectiva) do comitente, nos termos do disposto no art. 500º, do Código Civil, resulta desta relação de subordinação própria do contrato de empreitada de obras públicas. Assim, cabe aqui a aplicação do regime jurídico da responsabilidade objectiva do comitente por acto culposo praticado pelo comissário no exercício do mandato.

18. Importa sublinhar que estamos perante uma situação de responsabilidade subjectiva do comissário, pelo que existe a possibilidade de se lhe exigir tudo o que vier a ser pago (excepto, naturalmente, se existir igualmente culpa da Câmara

Municipal de Angra do Heroísmo na produção do dano, como dispõe o n.º 3 do mencionado artigo).

19. O facto da reclamante se encontrar em litígio com o empreiteiro - cuja seguradora não admite a culpa na ocorrência reclamada - em nada invalida a presente Recomendação porquanto a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo (comitente nesta relação jurídica) assume a posição de *garante da indemnização* (*vide* PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, 4ª Edição, 1987, Coimbra, pág. 503).

20. Creio, por outro lado, que a circunstância da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo constituir uma pessoa colectiva pública impossibilita, na decorrência dos princípios *da boa fé* e da *tutela da confiança*, a invocação dos argumentos que levaram à não aceitação da responsabilidade do empreiteiro. Com efeito, afigura-se-me suficientemente demonstrado que o acidente de que a senhora Dª. M... foi vítima se deveu às obras que decorriam na Rua da Malagueta e, em especial, ao facto de não terem sido previstos adequados mecanismos para a circulação dos transeuntes.

II
Conclusões

21. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do ponder que me é conferido pelo disposto no artº 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que seja indemnizada a senhora Dª. M..., pelos danos sofridos em consequência do acidente ocorrido, em 07/09/96, na Rua da Malagueta, freguesia da Serreta, no concelho de Angra do Heroísmo atendendo, em especial, às despesas realizadas com o tratamento médico de que careceu.

Recomendação não acatada

Ao
Exmo. Senhor
Director do Porto e Administrador Delegado
da Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo

R-2188/98
Rec. n.º 37/A/98
1998.05.25

Marina de Angra do Heroísmo
Empreitada de Construção do Porto de Recreio
de Angra do Heroísmo
1ª Fase

Concurso Público Internacional no Âmbito da União Europeia
I
Considerações gerais
Capítulo 1
A Obra

A presente instrução é relativa ao processo de construção do porto de recreio da baía de Angra do Heroísmo cuja "empreitada de construção do porto de recreio de Angra do Heroísmo" está a ser promovida pela Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo.

A obra compreende duas fases de construção:

1ª fase:acessos, terraplenos, molhe, pontões e passadiços;

2ª fase: instalações em terra (edifício de recepção e controlo, zonas de serviços e de lazer).

Capítulo 2
O Processo Administrativo

No âmbito da instrução do processo aberto neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) foi ouvida a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo, na qualidade de dona da obra. Em 16/04/98, foram prestados esclarecimentos sobre o decurso e estado actual do processo administrativo (1).

(1)

Cfr. ofício n.º 752, de 16/04/98, cujo teor é reproduzido na íntegra:

A construção da Marina na Baía de Angra do Heroísmo iniciou-se no dia 20 de

Outubro de 1997 com a assinatura do Auto de Consignação da Empreitada na presença de Suas Excelências o Presidente do Governo Regional dos Açores e o Secretário Regional da Economia, sendo a entidade promotora da obra a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo.

1- O processo iniciou-se por acordo entre a Secretaria Regional da Habitação Obras Públicas, Transportes e Comunicações (SRHOPTC) e a Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, (CMAH), tendo a SRHOPTC encomendado o projecto à CONSULMAR, definindo-se na altura que seria a Câmara Municipal a entidade que fazia a obra.

2- Por limitação dos "plafonds" do PEDRAA - II às Câmaras Municipais, a CMAH levantou o problema à SRHOPTC ficando acordado que seria a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo (JAPAH) que faria a obra. O Senhor Secretário confirmou esta definição à Comissão Administrativa da JAPAH em Maio de 1995.

3- Entretanto a aprovação do projecto ainda decorreu através da SRHOPTC e CMAH.

4- A JAPAH incluiu a obra no seu Plano Plurianual de investimentos o qual foi aprovado pelo SRHOPTC em 14 de Setembro de 1995.

5- No seguimento da proposta n.º 48/95 da JAPAH que se anexa, nos termos dos Decretos-Lei n.º 405/93 de 10 de Dezembro e n.º 55195 de 29 de Março e dos Decretos Regulamentares Regionais n.º 2195/A, de 6 de Fevereiro e n.º 19189/A de 22 de Maio, bem como das Directivas Comunitárias, o Conselho do Governo Regional, pela sua Resolução n.º 181/95, de 9 de Novembro, autorizou a JAPAH a proceder à abertura do concurso público internacional, no âmbito da União Europeia para arrematarão da empreitada, tendo igualmente aprovado o Programa de Concurso, o Aviso e o Caderno de Encargos.

6- A JAPAH lançou o Concurso, cujas propostas foram abertas a 29 de Março de 1996 e, em 14 de Junho de 1996, pelo seu ofício 871, enviou o processo completo ao SRHOPTC para aprovação do mesmo, autorização da adjudicação à Firma SOMAGUE por 1 549 987 560 00, e realização da despesa nos anos económicas de 1996/718, bem como a aprovação da Minuta do Contrato.

7- Pela sua Resolução n.º 184/96, de 29 de Agosto, o Conselho do Governo Regional aprovou as actas de abertura e análise das Propostas, autorizou a JAPAH a adjudicar a empreitada à Firma SOMAGUE e aprovou a Minuta do

respectivo Contrato.

8- A Minuta do Contrato foi enviada à SOMAGUE não merecendo qualquer contestação.

9- Em 11 de Setembro de 1996 a JAPAH enviou todo o processo à Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas para Visto da Minuta do Contrato.

10- Em 18 de Outubro a JAPAH recebeu da Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas a Minuta do Contrato devidamente visada.

11- Após a prestação da Caução pelo Empreiteiro, em 25 de Outubro foi assinado o Contrato da Empreitada.

12- Entretanto, por ter detectado que as entidades que inicialmente tinham tratado do processo de aprovação do projecto (SRHOPTC e CMAH) não tinham procedido ao envio do mesmo à Comissão Nacional do Domínio Público Marítimo, (CNDPM), a JAPAH em 9 de Outubro de 1996 enviou todo o processo à Direcção Regional de Ordenamento do Território e Recursos Hídricos a fim de obter a licença de ocupação do Domínio Público Marítimo de acordo com o Decreto-Lei n.º 468/71 de 5 de Novembro.

Seguidamente a DROTRH enviou o processo à CNDPM.

Em 3 de Março de 1997 a JAPAH recebeu da CNDPM o ofício n.º 16/97 de 18 de Fevereiro, devolvendo o processo e enviando " o Parecer n.º 5749 de 30 de Janeiro de 1997 da Comissão homologado por despacho do Almirante Chefe do Estado Maior da Armada de 14 de Fevereiro, para os efeitos referidos no primeiro parágrafo do n.º 12 daquele Parecer".

Este parágrafo diz o seguinte:

" Tudo visto e ponderado, esta CDPM emite o parecer de que o processo deve ser devolvido à entidade administrante que o organizou - Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo - para que por esta seja obtido e junto ao processo o documento donde conste a aprovação e respectivas condições da construção do porto de Recreio de Angra do Heroísmo e seu funcionamento, a emitir pelos serviços competentes do Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 30.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 326/79, de 24 de Agosto. Por seu turno, esta CDPM providenciará no sentido de ser obtido o despacho, comprovativo da aprovação e funcionamento, para cumprimento do disposto

no artigo 20º, n.º 1, do mesmo diploma e a que se reporta a parte final do número anterior."

Nesta conformidade, no dia 5 de Março foi entregue no Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território o ofício 283 de 97.03.04 que acompanhava o processo, solicitando a respectiva aprovação.

Em 20 de Outubro de 1997 o Chefe de Gabinete do Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro do Equipamento, de Planeamento e da Administração do Território, enviou por fax à Secretaria Regional da Economia - que por sua vez enviou, também por fax, à JAPAH - a Informação n.º 429/DPO da Direcção Geral de Portos, Navegação e Transportes Marítimos (DGPNTM) na qual foi exarado o seguinte despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado:

"Visto. Transmita-se ao Gabinete do Senhor Secretário Regional da Economia do Governo Regional dos Açores.

a) J. M. Consiglieri Pedroso 20.10.97"

A informação refere: "Em conclusão afigura-se que o estudo poderá ser aprovado desde que sejam tidos em conta os considerandos feitos na presente informação."

Nesta conformidade considerou-se que o despacho de Sua Excelência o Secretário de Estado Adjunto do Ministro do Equipamento, de Planeamento e da Administração do Território correspondia à autorização pedida pela CNDPM.

Assim, pelo seu ofício n.º 1822 de 10 de Novembro de 1997, a JAPAH enviou ao Senhor Presidente da CNDPM cópia do referido fax.

Na sua sessão de 13 de Fevereiro de 1998 a Comissão Administrativa da JAPAH deliberou o seguinte:

Tendo a obra de construção do Porto de Recreio de Angra do Heroísmo sido consignada no passado dia 20 de Outubro;

Uma vez que a mesma se situa na área de jurisdição da JAPAH;

Considerando ainda que o processo se encontra na posse da Comissão do D.P. Marítimo a qual no ponto 4 do parecer 5749 de 30 de Janeiro de 1997 refere que não vê qualquer obstáculo que impeça a realização do empreendimento;

A Comissão Administrativa, como entidade administrante deliberou dar inicio aos trabalhos enquanto se aguarda o despacho final da Comissão do D.P. Marítimo".

Assim, no dia 17 de Fevereiro iniciaram-se os trabalhos propriamente ditos.

No passado dia 24 de Março a JAPAH recebeu da CMDPM o ofício n.º 67198 devolvendo o processo, acompanhado do Parecer n.º 5799 de 5 de Março de

1998, no qual se considera que o despacho proferido pelo Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro do Equipamento, de Planeamento e da Administração do Território não pode ser considerado um despacho de aprovação do projecto, pelo que a JAPAH deverá providenciar a obtenção do mesmo.

Este assunto foi colocado ao Senhor Secretário Regional da Economia, uma vez que o primeiro despacho tinha chegado por seu intermédio. Sabemos que o Senhor Secretário está a tratar a questão com o Senhor Secretário de Estado.

13- O projecto foi objecto de Estudo do Impacte Ambiental, enviado à Direcção Regional do Ambiente a qual, nos termos da Lei, procedeu à Avaliação do Impacte Ambiental, não inviabilizando a construção do porto. Esta Avaliação foi enviada ao autor do E.I.A., o qual elaborou os "Comentários às conclusões da Comissão de Avaliação do Estudo do Impacte Ambiental". Estes foram remetidos à Direcção Regional do Ambiente, que não mais se pronunciou sobre o assunto.

14- O projecto teve os pareceres favoráveis da CMAH, Gabinete de Zona Classificada de Angra do Heroísmo, Secretaria Regional da Educação e Cultura, Capitania do Porto de Angra do Heroísmo, Delegação Aduaneira de Angra do Heroísmo da Alfândega de Ponta Delgada.

15- Tendo em atenção a importância da Baía de Angra do Heroísmo do ponto de vista do Património Subaquático, a JAPAH em Agosto de 1995 chamou a atenção da Direcção Regional dos Assuntos Culturais para a importância desta questão, tendo, após obtidas as necessárias autorizações, estabelecido um protocolo com o Fundo Regional de Acção Cultural com vista à realização da Prospecção Subaquática da zona da Baía ocupada pela Marina, a qual está concluída. Este trabalho teve o valor de 17 445 194$00 e mostrou a existência, na zona da implantação do molhe, de vestígios de 3 naufrágios, sendo dois referentes a embarcações dos fins do séc. XV, primeira metade do séc. XVI, e outra um vapor inglês de construção metálica e naufragado na baía em 1864 .

Nesta conformidade a Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, o Instituto do Património Arquitectónico e a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo assinaram um protocolo com vista à remoção dos vestígios encontrados.

Estes trabalhos estão a decorrer neste momento, não estando a ser minimamente afectados pelo andamento da empreitada. Aliás esta frente de trabalhos da obra está mesmo parada, aguardando a conclusão do salvamento arqueológico

16- Igualmente, por autorização do Senhor Secretário Regional da Economia de 13 de Dezembro de 1996 a JAPAH adjudicou ao Laboratório Nacional de Engenharia Civil a realização dos ensaios em modelo reduzido do Porto de Recreio.

Os ensaios já foram realizados, tendo confirmado a correcção do projecto e conduzido apenas a ligeiras "afinações" ao mesmo.

17- Em 17 de Março de 1997, esteve em Angra do Heroísmo a convite do Gabinete da Zona Classificada de Angra do Heroísmo, o Senhor Arquitecto Daniel Drocourt, do ICOMOS, com quem a JAPAH teve uma reunião na qual esteve presente o Director do Gabinete, Dr. Maduro Dias.

O Arq. Drocourt foi de opinião que, dado o facto da cidade ser Património Mundial devido à sua relação com o mar e o porto de recreio estar fisicamente ligado à Zona Classificada, deveria ser enviada uma informação à UNESCO, devidamente fundamentada, sobre a intenção de se construir o porto de recreio.

Por indicação do Senhor Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais, este processo foi remetido ao Gabinete da Zona Classificada de Angra do Heroísmo em 30 de Julho de 1997.

Até à presente data não recebemos qualquer informação sobre este assunto.

Capítulo 3
Os Pareceres

Pela sua relevância, transcreve-se o essencial dos pareceres das entidades chamadas a pronunciarem-se sobre o projecto.

Secretaria Regional da Educação e Cultura

Cfr. ofício n.º 334, de 13/07/95:

"Em referência e resposta ao assunto em epígrafe, cumpre-me dar conhecimento a V.Exa. do teor do Despacho de Sua Exa. o Secretário Regional da Educação e Cultura de 95.07.12:

"Concordo.

Nada havendo a opor, na generalidade, é de autorizar.

Deverá haver novo contacto dos projectistas com o GZCAH no âmbito da elaboração da fase seguinte do projecto.

Sugiro que a entidade de fiscalização que venha a existir integre um representante do GZCAH no sentido de se evitarem demoras injustificadas num projecto que interessa e é de urgente concretização no âmbito da revitalização da baía de Angra do Heroísmo, essencial para uma correcta perspectiva de Zona Classificada Património Mundial e da própria cidade de Angra do Heroísmo" "

Câmara Municipal de Angra do Heroísmo

Cfr. ofício de 19/07/95:

"Conforme solicitado no vosso ofício n º 4840 de 19-05-95, informo V.Exa. que em reunião de 6 do corrente, a Câmara Municipal deu um parecer favorável ao projecto do Porto de Recreio de Angra do Heroísmo. Envia-se igualmente fotocópia do despacho de Sua Excelência O Secretário Regional da Educação e Cultura exarado sobre o parecer do Gabinete da Zona Classificada de Angra do Heroísmo."

Capitania do Porto de Angra do Heroísmo

Cfr. ofício n.º 431, de 13/08/96:

"Relativamente ao assunto em apreço, após parecer do Instituto Hidrográfico, informo V.Exa. do seguinte:

1. A construção do porto de recreio de Angra do Heroísmo irá diminuir a actual bacia de manobra, podendo criar algumas limitações no acesso e permanência de navios no cais quando as condições meteorológicas forem

desfavoráveis, nomeadamente com vento e/ou mar dos quadrantes Sul.

A disponibilidade de um rebocador para eventual assistência aos navios que praticam o porto de Angra do Heroísmo poderá ser uma solução para minorar as limitações criadas pela construção do molhe de protecção do porto de recreio.

2. Dever-se-á de ter em consideração as recomendações constantes a folhas 28 do Projecto Base, nomeadamente a execução dos ensaios de estabilidade e galgamento do quebra-mar.
3. Deverá ser consultado o I.H. sobre o plano de aluimento do quebra-mar e plano de balizagem, conforme o artigo 3º do Decreto-Lei n.º 134/91, de 4 de Abril.
4. Deverá ser esta Capitania informada de Previsto do volume de dragados e da zona onde irão ser depositados
5. Durante a fase de construção e após a entrada em funcionamento do porto de recreio, a utilização da actual rampa de varagem ficará afectada, havendo necessidade de, antes do início das obras, encontrar uma solução para os pescadores que tradicionalmente utilizam a rampa, as barracas e a lota do Porto das Pipas".

Delegação Aduaneira de Angra do Heroísmo

Cfr. ofício n.º 1658. De 08/10/96:

"Em relação ao V. ofício n.º 1200 G/1.9 de 96.10.07 venho informar V.Exa., que esta Casa Fiscal nada tem a opor ao projecto acima identificado. Contudo haverá necessidade de ser tomado em consideração o seguinte:

- Na zona de controlo da marina, deverá prever-se uma construção para Alfândega que englobe um Gabinete, com uma pequena arrecadação, "um Reservado" para revisões pessoais e instalações sanitárias;

- Contínua à Alfândega deverá igualmente prever-se uma área para a Brigada Fiscal/GNR. Naturalmente que os Serviços de Estrangeiros e Fronteiras e a Polícia Marítima terão igualmente necessidade de um espaço para exercerem a sua actividade;

- Os acessos à marina, acessíveis apenas aos utentes e veículos autorizados, deverão ser restringidos o estritamente necessário e dispostos de modo a

facilitar as acções de fiscalização e controlo a exercer pelas diversas entidades, com competência nesta área".

Direcção Regional do Ambiente

Vd. II ASPECTOS ESPECÍFICOS, Capítulo 3 - A avaliação do impacto ambiental

II
Aspectos Específicos
Capítulo 1
O Domínio Público Marítimo

Em 09/10/96, a Comissão Administrativa da Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo deliberou remeter o processo à Direcção Regional do Ordenamento do Território e Recursos Hídricos para que fosse obtida licença de ocupação do domínio público marítimo.

Em 07/12/96, foi organizado processo no âmbito do DPM-Domínio Público Marítimo (processo n.º 4309/96).

Em 18/02/97, a Comissão do Domínio Público Marítimo devolveu o processo à Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo com o parecer n.º 5749, de 30/01/97, homologado pelo Almirante Chefe do Estado-Maior da Armada em 14/02/97 (2).

(2)

Cfr. parte final do parecer:

"(...) esta CDPM emite o parecer de que o processo deve ser devolvido à entidade administrante que o organizou - Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo - para que por esta seja obtido e junto ao processo o documento donde conste a aprovação e respectivas condições de construção do porto de recreio de Angra do Heroísmo e seu funcionamento, a emitir pelos serviços competentes do Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 3º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 326/79, de 24 de Agosto. Por seu turno, esta CDPM providenciará no sentido de ser obtido o despacho, comprovativo da aprovação do empreendimento e respectivo condicionamento da construção e funcionamento, para cumprimento do disposto no artigo 2º, n.º 1, do mesmo diploma (...)" [exigências de Defesa Nacional].

Em 20/10/97, o Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território remeteu ao Gabinete do Secretário Regional da Economia o telefax n.º 790/97, de 20/10/97, contendo a informação n.º 429/DPO.

(3)

que concluía:

"(...) afigura-se que o estudo poderá ser aprovado desde que sejam tidos em contas os considerandos feitos na presente informação", na qual foi exarado o seguinte despacho: "Visto. Transmita-se ao gabinete do Senhor Secretário Regional da Economia do Governo Regional dos Açores".

Pelo ofício n.º 1822, de 10/11/9, a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo remeteu esta documentação à Comissão do Domínio Público Marítimo.

A Comissão do Domínio Público Marítimo emitiu, em 05/03/98, parecer.

(4)

Cfr. a sua parte final:

"(...) esta CDPM emite o parecer de que o processo não pode prosseguir no sentido de uma apreciação sobre a questão de fundo enquanto dele não constar o elemento expressamente exigido por lei: o despacho de aprovação do projecto de construção do porto de recreio, proferido pelo Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território. Assim deve ser devolvido à Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo (...)".

Em 17/03/98, este parecer foi homologado pelo Almirante Chefe do Estado-

Maior da Armada.

Em 25/03/98, o senhor Engenheiro Director do Porto e Administrador Delegado da Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo remeteu o telefax n.º 97/98 ao Gabinete do Secretário Regional da Economia.

(5)

Que referia, no essencial:

"(...) cumpre-me informar:

No que concerne às condições de agitação marítima cabe-nos informar que estão praticamente concluídos os ensaios em modelo reduzido, tendo-se confirmado quase por completo a correcção do projecto. Há apenas uma ligeira alteração para mais no dimensionamento do enrocamento do talude interior, numa pequena extensão, e em substituição de um troço de tetrápodes por enrocamento (portanto, para menos) no talude exterior, também numa pequena extensão.

No que diz respeito ao IPPAR e ao Património Arqueológico Subaquático, informa-se que os trabalhos para a sua remoção já se iniciaram, pelo que este aspecto está devidamente salvaguardado. Aliás foi assinado um protocolo entre a Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, o Instituto do Património Arqueológico e a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo para esse fim.

Quanto ás questões levantadas pela Avaliação de Impacte Ambiental, algumas delas já foram resolvidas e outras sê-lo-ão no momento oportuno.

Nesta conformidade, e salvo melhor opinião o projecto está em condições de ser aprovado por Sua Excelência o Ministro do Equipamento do Planeamento e da Administração do Território".

Capítulo 2
O Património Subaquático

A informação n.º 28/98 ("salvamento arqueológico na baía de Angra do Heroísmo") da Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo dá conta das diversas diligências asseguradas, em ordem à salvaguarda do património subaquático (6)

(6)

Cfr. informação, de 14/04/98, dirigida ao senhor Secretário Regional da Economia:

"O processo relativo ao Salvamento Arqueológico na Baía de Angra do Heroísmo, iniciou-se em 16 de Agosto de 1995 com o ofício da JAPAH ao Chefe de Gabinete do Secretário Regional da Educação e Cultura uma vez que nessa altura se encontrava em fase final a elaboração do projecto da Marina (...).

Em 16 de Outubro de 1995 o Museu de Angra do Heroísmo solicitou à Junta Autónoma autorização para organizar uma intervenção arqueológica na Baía ao que a JAPAH, no mesmo dia informou não haver inconveniente.

A 14 de Dezembro a Direcção Regional dos Assuntos Culturais informou a JAPAH que após parecer técnico solicitado pela DRAC através do Museu de Angra a um especialista na área (supomos que o Dr. Francisco Alves) se tornava necessária a realização de uma prospecção visual subaquática, seguida de um sistema intensivo de detecção, consistindo na eco-sondagem por sísmica de reflexão .

Em 18 de Janeiro de 1996 realiza-se uma primeira reunião na SREC, estando presentes a Directora Regional dos Assuntos Culturais, a Chefe de Gabinete do SREC o Director do Museu e o signatário tendo-se concluído que o Museu de Angra se comprometia até Maio desse ano a proceder à prospecção subaquática na zona da Marina, comprometendo-se a JAPAH a financiar a operação .

Em 23 de Março realiza-se nova reunião na SREC com a presença do Senhor Secretário Regional da Educação e Cultura, Director Regional dos Assuntos Culturais, Chefe de Gabinete do SREC, Dr. Francisco Alves, Prof. Avelino Meneses (Universidade dos Açores), Directora do Centro de Restauro dos Açores, Director do Gabinete da Cidade, Director do Museu, representante da Associação dos Amigos do Museu e o signatário.

Nessa reunião ficou definida a constituição de uma comissão Técnica Científica e de uma comissão operacional e que os trabalhos se iniciariam o mais rapidamente possível (...)

Entretanto colocou-se a questão de se saber se a Região tinha ou não competência para autorizar a realização dos trabalhos. Concluiu-se que teria que ser o Governo da República a dar essa autorização (...)

Em 22 de Agosto de 1996 foi assinado um protocolo de colaboração entre o Instituto Português do Património Arquitectónico e Arqueológico e a Secretaria Regional da Educação e Cultura que estabeleceu as regras de colaboração entre as duas entidades no âmbito do projecto de prospecção e exploração arqueológica subaquática de urgência e de salvamento da Baía de Angra do

Heroísmo.

Em 5 de Setembro de 1996 a DRAC enviou à JAPAH uma proposta de acordo a estabelecer entre o Fundo Regional de Acção Cultural e a Junta Autónoma, bem como o orçamento para a operação no valor de 17 445 contos.

Em 13 de Setembro de 1996 foi assinado o Acordo entre a Direcção Regional dos Assuntos Culturais através do Fundo Regional de Acção Cultural (FRAC) e a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo com vista à realização dos trabalhos de prospecção arqueológica subaquática de urgência.

Neste acordo o FRAC através do Museu de Angra comprometia-se a proceder aos referidos trabalhos até ao fim de Dezembro de 1996 pelo valor de 17 445 contos.

Os trabalhos começaram de imediato.

Entre 14 e 23 de Setembro, uma equipa de seis membros da TEXAS A & M University procedeu à prospecção intensiva da zona de intervenção por sísmica de reflexão.

Esta prospecção não indicou a existência de qualquer achado de interesse arqueológico, tendo os responsáveis da equipa referido que poderíamos começar de imediato a obra.

Entretanto prosseguiram os trabalhos de prospecção com a equipa local, tendo os mesmos sido iniciados numa zona a ocidente da baía, bastante afastada da localização do molhe da marina, o que originou a nossa intervenção, chamando a atenção para o facto de se estar a perder muito tempo numa zona que estava claramente fora da marina, não vindo nunca a ser afectada pela mesma.

Em 5 de Novembro a Junta Autónoma recebeu da DRAC o Relatório Preliminar n.º 1, o qual indicava que "em nenhuma das zonas analisadas até ao momento se procedeu à referenciação de quaisquer vestígios de interesse arqueológico".

Em 27 de Novembro descobriu-se o primeiro casco naufragado na zona do molhe da marina. O Dr. Francisco Alves esteve a ver este achado entre 8 e 12 de Dezembro.

Os trabalhos foram dados por concluídos a 25 de Fevereiro de 1997. A JAPAH recebeu da DRAC o Relatório Final da Intervenção Arqueológica no dia 30 de Abril de 1997.

Na mesma data recebeu também cópia do ofício DA JN 10/1(10) de 21.4.97 do IPPAR dirigido à DRAC onde é referida a posição do Instituto relativamente ao

Relatório Final, ou seja : tornar-se-ía obrigatório, no quadro do projecto de construção da marina, provar agora numa segunda e última fase da intervenção.

Esta deveria ser prospectiva, sistemática e intensiva

No dia 18 de Abril realizou-se uma reunião no IPPAR em que estiveram presentes o seu Vice-Presidente Dr. Paulo Pereira, o Director do Património Arqueológico Dr. Fernando Real e o Presidente da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo.

Do tratado nessa reunião a Junta Autónoma tomou conhecimento através do presidente da CMAH e da notícia publicado no Diário Insular de 22.4.97 que se anexa (...).

Uma vez que aí se afirmava que " na opinião do IPPAR a metodologia a seguir poderá ser a da elaboração de um Caderno de Encargos que contenha o conjunto de trabalhos subaquáticos a efectuar, de acordo com as intervenções propostas pelo Museu de Angra no seu Relatório, sendo que a sua execução poderá ser da própria empresa a quem, foram adjudicados as obras da marina, sujeita à fiscalização de uma entidade oficial", a Junta Autónoma solicitou uma reunião com o IPPAR com vista à elaboração do Caderno de Encargos referido.

Essa reunião efectuou-se no IPPAR no dia 12 de Maio de 1997 e nela estiveram presentes para além do seu Vice-Presidente Dr. Paulo Pereira, o Dr. Francisco Alves, o Presidente da Câmara Municipal de Angra do Heroísmo, o signatário e o Chefe de Divisão da JAPAH Eng. António Homem de Sousa.

Nesta reunião por indicação do Dr. Francisco Alves foi desde logo posta de parte a possibilidade de se fazer o Caderno de Encargos e também de ser o Empreiteiro a fazer os trabalhos de salvamento do património descoberto.

Ficou então acordado que se faria um Protocolo operacional entre o IPPAR e a JAPAH cabendo ao Instituto dar o apoio técnico e científico e à JAPAH fazer os pagamentos. A Direcção seria do Dr. Francisco Alves.

Ficou igualmente acordado que a DRAC acompanharia o processo.

No dia 16, após reunião do signatário com o senhor Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais, comunicou-se ao IPPAR que o Protocolo seria igualmente assinado pela SREAS, solicitando a informação de quais os pontos e respectivos termos que o IPPAR queria ver contemplados no Protocolo incluindo orçamento e prazo de execução.

Em 4 de Julho a JAPAH recebeu o primeiro projecto do Protocolo enviado pelo Dr. Francisco Alves. Este projecto ainda não continha o orçamento. Cópia do mesmo foi enviada de imediato ao Senhor Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais.

Em 18 de Junho realizou-se nova reunião no IPA entre o signatário, o Dr. Francisco Alves e o Eng. Filipe Castro tendo-se estimado o orçamento de 36 500 contos para a realização da operação.

Em 14 de Julho a DRAC convocou a JAPAH para uma reunião, a realizar a 24 de Julho, a fim de ser analisado o Protocolo.

Após várias reuniões e obtidas as necessárias autorizações superiores o Protocolo chegou ao IPA assinado pelo Director Regional dos Assuntos Culturais e pelo Director da Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo na 2ª. quinzena de Fevereiro de 1998.

O Dr. Francisco Alves veio à Terceira em 15 de Março onde reuniu com o Director Regional dos Assuntos Culturais, com o signatário e o chefe de Divisão da JAPAH, Eng. António Homem de Sousa.

Nesta reunião começou-se a delinear concretamente a operação, acordando-se o que caberia a cada parte realizar com vista ao rápido início e desenvolvimento dos trabalhos. O Dr. Francisco Alves admitiu, informalmente que talvez fosse possível realizar os trabalhos fundamentais em três meses. No dia 15 afirmou à RTP-Açores que necessitaria pelo menos de 5 meses.

Os trabalhos iniciaram-se no dia 1 de Abril.

Logo nesta altura foram detectados diversos problemas com o equipamento, o que nos levou a acertar o Dr. Francisco Alves para o facto. A sua resposta não nos pareceu nem justa nem correcta, tendo mesmo merecido um ofício do Director Regional dos Assuntos Culturais (...)

Por outro lado, parece-nos que o equipamento está mal dimensionado, tendo em vista a uma resposta necessariamente rápida. De facto isto foi implicitamente admitido ontem pelo Dr. Francisco Alves, ao aceitar a nossa

proposta de reforço da capacidade de dragagem, com uso de uma bomba de grande potência e dois mergulhadores profissionais.

Nesta data a equipa operacional é constituída por 12 pessoas, prevendo-se a chegada de mais 2 nos próximos dias.

O Dr. Francisco Alves, acompanhado do Prof. da Universidade de Paris Eric Rieth, do Arqueólogo do CNANS Paulo Rodrigues e do Cineasta Gustavo de Carvalho encontra-se em Angra desde Sábado passado até amanhã a fim de fazer uma reavaliação da situação.

Em reunião efectuada ontem, com a presença do Director Regional dos Assuntos Culturais, o Dr. Francisco Alves informou que só no fim de Abril deverá ser possível estabelecer um prazo para a conclusão da operação (na parte que diz respeito ao avanço das obras da marina), embora tenha admitido a possibilidade de se fazer estes trabalhos em 4 meses.

A obra está parada desde 1 de Abril no que diz respeito ao avanço do molhe, e desde o dia 9 de Abril em todos os restantes trabalhos na baía. Apenas está a funcionar a pedreira e a preparação do início do fabrico dos tetrápodes.

Uma paragem de 4 meses, implica, por conseguinte, o reinício dos trabalhos em Agosto, inviabilizando completamente a execução da parte essencial do molhe no Verão, podendo provocar assim um atraso de um ano na conclusão dos trabalhos com elevados custos de indemnização do empreiteiro".

Através do despacho n.º 76/96, Sua Excelência o Ministro da Cultura determinou que a Divisão do Património Subaquático do IPPAR assumisse a responsabilidade, o acompanhamento e a fiscalização dos trabalhos de prospecção arqueológica.

(7)

É o seguinte o teor do despacho:

"Considerando que, nos termos do n.º 2 do artigo 17º do Decreto-Lei n.º 259/93, de 21 de Agosto, compete ao Ministro da Cultura autorizar a prospecção e recuperação do património cultural subaquático;

Considerando que o Governo Regional dos Açores pretende construir uma marina no Porto de Angra do Heroísmo, sendo para tanto necessário efectuar prospecções arqueológicas subaquáticas no local,

Considerando que o Governo Regional dos Açores, através do Secretário Regional da Educação e Cultura, requereu, nos termos do diploma citado, autorização ao Ministro da Cultura para efectuar as referidas prospecções;

Nestes termos, determino:

1º - Que o Instituto Português do Património Arqueológico (IPPAR), através da sua Divisão do Património Subaquático, assuma a responsabilidade, o acompanhamento e a fiscalização dos trabalhos de prospecção arqueológica na Baía de Angra do Heroísmo;

2º - Que o IPPAR, para a realização dos referidos trabalhos, associe os serviços regionais competentes, mediante a celebração, no prazo de três semanas, de um protocolo com a Secretaria Regional de Educação e Cultura, o qual fica sujeito à minha aprovação".

Em 23/12/97, foi celebrado entre o Instituto Português de Arqueologia, a Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais e a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo um protocolo de colaboração "(...) no âmbito do projecto de salvamento dos destroços de um navio, datado pelo radiocarbono, do séc. XV/XVI, localizado na baía de Angra do Heroísmo" (cfr. artigo 1º).

(8)

Cfr. texto na íntegra:

"Protocolo de Colaboração entre a Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, o Instituto Português de Arqueologia e a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo

Tendo em vista a viabilização da 2ª fase dos trabalhos preventivos de arqueologia subaquática, a realizar na Baía de Angra do Heroísmo, no âmbito do projecto de prospecção e exploração arqueológica subaquática de urgência e salvamento;

Tendo em vista o salvamento dos destroços de um navio datado, pelo radiocarbono, do séc. XV/XVI e localizado na Ia fase destes trabalhos;

A Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, representada pelo Director Regional dos Assuntos Culturais, Prof. Doutor Luiz Fagundes Duarte, o Instituto Português de Arqueologia, representado pelo seu Director Dr. João Zilhão e a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo, representada pelo seu Director, Eng. Ribeiro Pinto, celebram entre si o presente protocolo, que se rege pelas seguintes cláusulas:

1ª

O presente protocolo estabelece as regras de colaboração entre o Instituto Português de Arqueologia e a Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, representada pela Direcção Regional dos Assuntos Culturais, no âmbito do projecto de salvamento dos destroços de um navio, datado pelo

radiocarbono, do séc. XV/XVI, localizado na baía de Angra do Heroísmo.

2ª

O Instituto Português de Arqueologia compromete-se a assegurar a orientação estratégica, a supervisão científica e a fiscalização administrativa e técnica deste programa de trabalhos, através das formas de acompanhamento julgadas adequadas pelo Centro Nacional de Arqueologia Náutica e Subaquática, e a garantir a execução destes trabalhos no prazo de nove meses, e se necessário através da intervenção directa, supletiva, do Centro Nacional de Arqueologia Náutica e Subaquática.

3ª

O Instituto Português de Arqueologia compromete-se, ainda, a constituir-se através do Centro Nacional de Arqueologia Náutica e Subaquática, em interlocutor exclusivo do dono da obra, a Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo.

4ª

A Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo, compromete-se a:

a) contratar, pelo período de 14 meses, oito técnicos com aptidão ou especialização em arqueologia subaquática, devidamente avalizados pelo Centro Nacional de Arqueologia Náutica e Subaquática;

b) fornecer os meios logísticos e de funcionamento, necessários ao trabalho da equipa em questão;

c) atribuir um fundo de maneio, do qual ficará responsável o coordenador local da equipa, a designar pelo Centro Nacional de Arqueologia Náutica e Subaquática;

d) assumir os encargos com a deslocarão e estadia do pessoal do Centro Nacional de Arqueologia Náutica e Subaquática, apenas para efeitos do disposto na cláusula 2' do presente protocolo.

Todos estes encargos encontram-se discriminados em anexo, que fica a fazer parte integrante deste protocolo.

5ª

Todo o equipamento já adquirido pela Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo fica à guarda da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, através da Direcção Regional dos Assuntos Culturais, e será utilizado nos trabalhos objecto deste protocolo.

6ª

A Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais compromete-se a assumir os encargos com o equipamento e com o tratamento dos espólios arqueológicos recolhidos e com a publicação final dos resultados, no valor global de 6.000.000 00 (seis milhões de escudos).

7ª

A Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, representada pela Direcção Regional dos Assuntos Culturais, compromete-se a envolver-se no projecto, apoiando-o, na medida das suas possibilidades, em articulação com o Centro Nacional de Arqueologia Náutica e Subaquática e com o coordenador local da equipa".

Capítulo 3
A Avaliação do Impacto Ambiental

O EIA está datado de Outubro de 1995. Não cabendo aqui a análise do seu conteúdo, não pode deixar de se referir a total ausência de dados sobre o património subaquático existente na baía de Angra do Heroísmo (cfr. os descritores ambientais mencionados a fls. 26 que não incluem qualquer menção ao património arqueológico nem, tão pouco, os componentes de património natural e cultural de fls. 60 e seg.s).

Encontra-se junto ao processo remetido a este Órgão do Estado pela Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo um documento da Direcção Regional do Ambiente intitulado "Avaliação de Impacto Ambiental - Porto de Recreio de Angra do Heroísmo".

(9)

Cfr. texto na íntegra:

"I - Definição e Descrição do Projecto

No capítulo relativo à definição e descrição do projecto, o EIA refere que foram avaliadas diversas alternativas numa fase anterior à elaboração do documento. Sabendo-se deste facto considera-se que as alternativas analisadas anteriormente deveriam ser apresentadas e analisadas neste estudo com o detalhe suficiente para se poder avaliar as respectivas vantagens e inconvenientes.

Uma das condicionantes que conduziu à opção seleccionada foi a manutenção da pequena praia existente a poente do Cais de Alfândega. A exigência da sua manutenção, sem grande análise dos benefícios reduziram a uma única opção a localização do quebra mar e o desenvolvimento de todo o projecto.

II - Caracterização da Situação de Referência

Neste capítulo salienta-se o facto, já mencionado no estudo, da ausência de dados geológicos sobre o fundo da baía. Sendo estes dados indispensáveis para o dimensionamento configuração e métodos de execução da obra, o projecto não foi assim elaborado com base nestes elementos pelo que no estudo em questão não foram analisadas as relações estrutura/suporte geológico, podendo em fase de

construção ocorrer situações não previstas.

Ao nível da geomorfologia, apenas são feitas referências à faixa litoral constituída por arribas.

Relativamente aos fundos, sobre os quais assentarão todas as estruturas a construir, não foi feita qualquer referência.

Ao comparar-se o EIA, efectuado pela empresa Impacte, e o volume 3 do projecto do Porto de Recreio, realizado pela Consulmar, verifica-se que primeiro se baseia quase na íntegra ao exposto pela segunda empresa, servindo de suporte ao projecto e não como um estudo crítico ao Impacto da obra, uma vez que os dados analisados são os seleccionados pela Consulmar para elaborar o projecto. Contudo no que se refere aos elementos apresentados no EIA pode-se verificar que apesar do documento mencionar que de acordo com o Decreto-Lei n.º 235/83, de 31 de Maio, os Açores estão incluídos na zona A de risco sísmico, o mais elevado de grau de sismicidade do país, quer o estudo, bem como o projecto, não referem a existência da falha da Memória que atravessa a baía de Angra.

Esta falha, referida na carta geotécnica da Terceira como potencialmente activa, poderá ter reajustamentos durante a ocorrência de sismos, mesmo que os epicentros se localizem noutras falhas, tal como parece ter ocorrido no 1.º de Janeiro de 1980, com todas as consequência que daí resultaram para a cidade.

Assim, quando o projecto refere a necessidade de um levantamento sísmico de reflexão para determinar a natureza dos fundos marinhos, deve também verificar se a falha fica sob os quebra-mares do porto de recreio e nesse caso tomar as soluções tendo em conta esse dado.

No que se refere à agitação marítima junto à zona do porto e interior da baía verifica-se um grande número de incertezas.

No conjunto destas dúvidas a mais grave é a elevada percentagem de agitação com o rumo Sul que poderá afectar a operacionalidade do porto, situação esta que merece uma análise mais consistente que a apresentada.

As correntes de fundo referidas no documento também merecem o mesmo cuidado devido a causarem o mesmo problema na operacionalidade do porto.

Também não é mencionada a possibilidade de influência destas correntes na sedimentação de areia nas praias localizadas no interior da baía, todavia verifica-se que através da construção desta obra se pretende valorizar as praias em questão. Como se vê esta pretensão assenta nalgumas incertezas.

O Impacto na orientação das praias também assenta sobre o mesmo tipo de dúvidas acima mencionadas.

A matriz de impactos apresentada parece sobrevalorizar os Impactos positivos da exploração do porto, sobretudo na hotelaria e emprego, uma vez que os tripulantes dos barcos não ocuparão os hotéis, tal como acontece presentemente na Horta e em Ponta Delgada; bem como a oferta de emprego não deverá aumentar significativamente devido a este porto, à semelhança dos mesmos locais.

Ao nível da paisagem a abordagem é bastante mais detalhada no que se refere à envolvente distante, do que à envolvente próxima, a qual será fortemente influenciada com a inclusão da futura estrutura. Não é nomeadamente analisada, com algum detalhe, a perspectiva visual de aproximação à cidade, pelo mar.

III - Impactos e Medidas Mitigadoras

Água

Na fase de construção é referida a necessidade de utilização de redes de malha fina a envolver as zonas de trabalho durante as dragagens, o que irá minimizar os efeitos sobre as comunidades de flora e fauna marinhas do local. Contudo este aspecto não é referido no caderno de encargos.

Sobre a qualidade da água e dos sedimentos durante a fase de exploração do porto de recreio, são referidos os vários impactos a nível da contaminação por vários poluentes, contudo não é feita qualquer referência à alteração da qualidade da água resultante da existência do quebra-mar que cria condições de fraca renovação da água no interior das duas bacias.

Acresce que, apesar de se prever que o porto de recreio apenas entrará em funcionamento após concluídas as obras de saneamento básico de Angra do Heroísmo, o estudo não faz referência se aquando da execução do quebra-mar e da criação das bacias interiores, a água daquela zona já terá atingido as condições mínimas de qualidade. A falta de qualidade da água devido às actuais descargas de afluentes domésticos na baía, são referidos no ponto 4.10 da situação referida como "..., bastante poluída, não satisfazendo os requisitos de qualidade, estabelecidos no Decreto-Lei 74/90, de 7 de Março, para águas de recreio com contacto directo ou mesmo indirecto, designadamente no que se refere os parâmetros microbiológicos".

Com base no que foi exposto, nomeadamente uma fraca capacidade de renovação das águas no interior do porto, e uma má qualidade da água para o uso pretendido, verifica-se que o estudo não apresenta quaisquer dados que permitam

prever que o interior do porto de recreio venha a apresentar as condições mínimas de qualidade.

De salientar que as descargas das águas pluviais deixarão de ocorrer no interior do porto de recreio mas ao que se supõe continuarão a ocorrer no interior da bacia. Verifica-se assim uma transferência de poluição na zona.

Por outro lado as descargas de emergência dos órgãos da rede de drenagem de águas residuais irão ocorrer no interior da bacia. De uma maneira geral concorda-se com as medidas mitigadoras propostas, devendo haver particular atenção ao nível da operacionalidade dos meios anti-poluição e da fiscalização das disposições do Regulamento de Utilização do Porto de Recreio. O programa de monitorização da qualidade da água no porto de recreio é importante mas não se deverá restringir apenas ao porto.

Ruído

O Impacto significativo ao nível do ruído verifica-se na fase de construção do porto não se prevendo níveis significativos na fase de exploração. Na fase de construção o estudo prevê que a produção de ruído pelo aumento de tráfego de máquinas e diverso equipamento possa afectar a avifauna, nomeadamente a que se encontra no Biótopo Corine do Monte Brasil, o qual constitui importante habitat de reprodução de aves protegidas por leis internacionais.

No entanto, não é apresentada qualquer análise dos impactos e consequentemente não se apresentam eventuais medidas mitigadoras.

Fauna e Flora Marinhas

Assumindo que na fase de construção do porto de recreio, inúmeros habitats de espécies marinhas vão ser destruídos, prevê-se, a médio prazo, a criação de novos habitats e recolonização pelas diversas espécies. Esta recolonização estará dependente da qualidade da água e dos sedimentos das bacias que constituem o porto de recreio.

As medidas propostas para minimizar o impacto negativo que constitui a alteração da qualidade da água, durante a fase de exploração, relacionam-se apenas com uma correcta utilização do espaço pelos utentes, a própria configuração e localização do quebra-mar impedirá que haja suficiente renovação e consequente oxigenarão das águas da bacia poente, que alberga um grande número de passadiços flutuantes.

Paisagem

Embora na matriz de impactos se considere que o empreendimento tem um impacto positivo significativo, o que é certo é que a curta abordagem que é feita à paisagem ao longo do trabalho, pressupõe sempre a minimização dos impactos que serão introduzidos pelo empreendimento e não a valorização dessa paisagem pela introdução do porto de recreio como um elemento esteticamente positivo e diversificador.

Acresce-se que o impacto que o quebra-mar imprimirá à paisagem nunca é analisado, mas tão só os edifícios e outras estruturas de apoio ao porto de recreio e para estes, algumas medidas mitigadoras.

Correntes, Agitação Maritima e Movimentos Aluvionares

Sobressaem alguns aspectos relativos à falta de dados e consequentes alterações que a construção desta estrutura irá provocar.

Salienta-se especificamente a não quantificação dos efeitos a nível da capacidade de manobra dos navios no actual cais do Porto das Pipas (devido ao estrangulamento provocado pelo extenso quebra-mar), o desconhecimento do efeito da construção do quebra-mar sobre a futura utilização e configuração da pequena praia existente a poente, a qual constituiu forte condicionamento na selecção da localização do enraizamento do quebra-mar.

Conclusão

Considera-se que o estudo, baseado em muitos casos em pressupostos (dada a ausência de estudos em diversas áreas) não possibilitou a análise objectiva de vários impactos detectados pelo próprio estudo, mas não quantificados, nem a apresentação de medidas mitigadoras concretas.

Referem-se as situações mais relevantes, nomeadamente a possibilidade de implantação da estrutura do quebra-mar, tal como está projectado, sobre os fundos da Baía de Angra; a capacidade de manobra na cais do Porto Pipas; a qualidade da água no interior do Porto de Recreio.

Verifica-se que este estudo assenta em diversos aspectos pouco conhecidos, contudo, apesar das incógnitas existentes, deduz que os respectivos impactos são reduzidos em vez de tentar determinar mais profundamente as incógnitas existentes e respectivos impactos.

Esta situação não inviabiliza a construção do porto, mas obriga a uma análise mais cuidadosa, sobretudo no que respeita à operacionalidade do porto, conhecimento da geologia estrutural da baía e impacto sobre as praias que lhe são contíguas".

Este documento não está datado (foi recebido na Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo, segundo se deduz do carimbo aposto, em 12/01/96) e não indica os técnicos que o elaboraram, a bibliografia consultada ou quaisquer outros dados à luz dos quais tenha sido elaborado. Parece, pois, de concluir que apenas foram levados em consideração os elementos carreados pelas entidades que elaboraram o EIA. De frisar que a Direcção Regional do Ambiente não faz abordagem à inexistência de referências ao património subaquático da baía de Angra do Heroísmo.

Não há qualquer menção ao resumo não técnico a que alude o art. 4º, n.º 3, do decreto regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro. Da mesma forma, desconhece-se em absoluto a realização de consulta pública, nos termos do disposto no art. 4º do Decreto-Lei n.º 186/90, e no art. 4º do decreto regulamentar n.º 38/90.

III
Condicionalismos

Resulta do que ficou exposto que são os seguintes os condicionalismos impostos pelas entidades intervenientes no respectivo processo administrativo.

Capítulo 1
Resultantes dos Pareceres

Dos diversos pareceres emitidos resulta a seguinte lista de condicionalismos:

Relativos à Secretaria Regional da Educação e Cultura

1º Contacto dos projectistas com o GZCAH;

2º Integração de representante do GZCAH na entidade de fiscalização;

Relativos à Capitania do Porto de Angra do Heroísmo

3º Disponibilidade de um rebocador;

4º Recomendações constantes a fls. 28 do Projecto Base;

5º Consulta do Instituto Hidrográfico;

6º Informação, à Capitania, sobre degragados;

7º Estudo de solução para os pescadores que tradicionalmente utilizam a rampa, as barracas e a lota do Porto das Pipas;

Relativos à Delegação Aduaneira de Angra do Heroísmo

8º Edifício para Alfândega;

9º Edifício para a Brigada Fiscal/GNR;

10º Edifício para os Serviços de Estrangeiros e Fronteiras;

11ºEdifício para a Polícia Marítima;

12º Restrição de acessos à área da marina;

Capítulo 2
Resultantes do Domínio Público Marítimo

Relativos à Comissão do Domínio Público Marítimo

13º Despacho de aprovação do projecto de construção do porto de recreio (do Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território);

Capítulo 3
Resultantes do Património Subaquático

Não foram impostas condições, designadamente pelo Ministério da Cultura. A realização dos trabalhos subaquáticos, nos termos em que estão a ser desenvolvidos (isto é, de acordo com o protocolo celebrado) parece satisfazer as exigências das entidades com competência nesta matéria.

Capítulo 4
Resultantes da Avaliação do Impacte Ambiental

Vide II ASPECTOS ESPECÍFICOS, Capítulo 3 - A avaliação do impacto ambiental.

IV
O Direito de Participação Procedimental

As entidades públicas envolvidas no projecto de construção do porto de recreio da baía de Angra do Heroísmo não atenderam à disciplina jurídica constante da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto. Este diploma, ao consagrar o direito de participação procedimental e de acção popular, instituiu um dever de audiência prévia relativamente à adopção de planos de desenvolvimento das actividades da Administração Pública, de planos de urbanismo, de planos directores e de ordenamento do território, bem como à decisão sobre a localização e a realização de determinados investimentos públicos.

Com efeito, nos termos do disposto no art. 4º, n.º 1, na fase de instrução dos procedimentos relativos à

-Aprovação de planos de desenvolvimento das actividades da Administração Pública (note-se que o n.º 2 refere "considera-se equivalente aos planos a preparação de actividades coordenadas da Administração a desenvolver com vista à obtenção de resultados com impacto relevante");

-Aprovação de planos de urbanismo;

-Aprovação de planos directores e de ordenamento de território;

-Decisão sobre a localização e a realização de obras públicas ou outros investimentos públicos com impacto relevante no ambiente ou nas condições económicas e sociais e da vida em geral das populações ou agregados populacionais de certa área do território nacional, deve ser assegurada a audição dos cidadãos interessados e das entidades defensoras dos interesses que possam vir a ser afectados por aqueles planos ou decisões. São consideradas, para efeitos da disciplina instituída pelo art. 4º, obras públicas ou investimentos públicos com impacto relevante, aqueles que:

-se traduzam em custos superiores a um milhão de contos;

-influenciem significativamente as condições de vida das populações de determinada área (quer sejam executados directamente por pessoas colectivas públicas quer por concessionários).

São titulares do direito procedimental de participação popular, para além das associações e das fundações cujo objecto social seja a promoção da defesa dos interesses referidos (e desde que preencham os requisitos de legitimidade activa descritos no art. 3º), "quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos" (cfr. art. 2º, n.º 1) e, ainda, as autarquias locais, em relação aos interesses de que sejam titulares cidadãos residentes na área da respectiva circunscrição (cfr. n.º 2). Por outro lado, "são designadamente interesses protegidos pela (...) lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público" (cfr. art. 1º, n.º 2).

Esquematicamente, a audição dos interessados processa-se da seguinte forma:

1. Início do processo- São afixados editais nos lugares de estilo;

- São publicados anúncios em dois jornais diários de grande circulação e num jornal regional.

Os editais e os anúncios identificam as principais características do plano, obra ou investimento; descrevem os seus prováveis efeitos; indicam a data a partir da qual será realizada audição dos interessados.

2. Período de consulta: Os estudos e outros elementos preparatórios dos projectos dos planos ou das obras são facultados à consulta dos interessados e podem ser pedidos esclarecimentos, oralmente ou por escrito

É obrigatório constarem destes elementos indicações sobre eventuais consequências que a adopção dos planos ou decisões possa ter sobre os bens, ambiente e condições de vida das pessoas abrangidas

3. Comunicação da pretensão de serem ouvidos (em 5 dias, depois do termo do período de consulta): os interessados comunicam à autoridade instrutora a sua pretensão de serem ouvidos oralmente ou de apresentarem observações escritas caso pretendam ser ouvidos, os interessados devem indicar os assuntos e o sentido geral da intervenção

4. Audição dos interessados (nunca em menos de 20 dias, desde a data do anúncio, salvo casos de urgência): os interessados são ouvidos em audiência pública; a autoridade encarregada da instrução prestará esclarecimentos e são lavradas actas

5. Ponderação e respostaa autoridade instrutora - ou a autoridade promotora do projecto, por seu intermédio - responde às objecções formuladas e justificará as opções tomadas; a resposta é comunicada por escrito

Os art.s 10º e 11º referem-se ao procedimento colectivo, isto é, às situações em que a autoridade instrutora deva proceder a mais de 20 audições. Nestes casos, poderá ser determinado que os interessados se organizem de modo a escolherem

representantes nas audiências a efectuar e, no caso daqueles não se fazerem representar, pode a entidade instrutora proceder à escolha, de entre os representantes de posições afins, de modo a não ser excedido o número de 20 audições.

Nos termos do disposto no art. 22º, n.º 1, "a responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses previstos no artigo 1º [a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público] constitui o agente causador no dever de indemnizar o lesado ou lesados pelos danos causados". Nos termos do disposto no art. 23º, existe ainda a obrigação de indemnizar independentemente de culpa (a chamada responsabilidade civil objectiva), sempre que de acções ou omissões do agente, ou agentes, tenha resultado ofensa de direitos ou interesses protegidos pela Lei n.º 83/95.

V
Considerações Finais
Capítulo 1
Sobre a Obra

A instrução do presente processo não visou a análise da oportunidade da construção do porto de recreio na baía de Angra do Heroísmo. Uma tal decisão, na parte que envolve opções de natureza política, escapa ao âmbito de actuação do provedor de justiça.

(10)

Não obstante, não pode deixar de se fazer referência à questão do domínio público marítimo subjacente à construção da marina. Com efeito, estamos na presença de um bem do domínio público nacional e não regional pelo que não compete ao Governo da Região Autónoma dos Açores a decisão de autorizar a realização da obra.

Diferentemente, porém, os procedimentos administrativos que sucederam à tomada a decisão (política) de construção da marina foram analisados à luz do disposto na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, designadamente no artigo 20º, n.º 1, alínea a) (visando a correcção de actos ilegais ou injustos dos poderes públicos ou melhoria dos respectivos serviços), e alínea e) (intervenção na tutela dos interesses colectivos ou difusos, porque estão em causa entidades públicas).

Capítulo 2
Sobre o Processo Relativo ao Domínio Público Marítimo

Desconhece-se o estado actual do processo relativo ao domínio público

marítimo, designadamente se já foi obtida a aprovação do Ministério do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território.

O início do processo de construção do porto de recreio na baía de Angra do Heroísmo - bem como dos trabalhos de recuperação do património arqueológico subaquático - terá acontecido anteriormente à obtenção da mencionada autorização por deficiente entendimento sobre a jurisdição da área em causa.

Actualmente, porém, não restam quaisquer dúvidas acerca do domínio da República sobre a área em causa. Com efeito, fazendo uso da argumentação da Comissão do Domínio Público Marítimo "*(...) as áreas do domínio público marítimo situadas nos Açores, porque interessam à defesa nacional por declaração implícita da lei, não podem ser integradas no elenco dos bens dominiais pertencentes à Região Autónoma, pelo que continuam pertencendo ao Estado, ficando, portanto, sujeitas ao mesmo regime das áreas homólogas sitas no continente. Assim, a autorização para a construção da marina é da competência do Governo da República, ao qual caberá definir, consequentemente, a situação jurídica a que as áreas dominiais envolvidas neste empreendimento devem ficar submetidas*".

(11)

Cfr. parte final do ponto 3. do parecer n.º 5749, da Comissão do Domínio Público Marítimo.

Capítulo 3
Sobre o procedimento

Também pelos factos expostos no capítulo anterior (mas não só em resultado daqueles), o procedimento em análise foi apressado, confuso e desadequado. Apressado porque se verifica, com grande regularidade, a invocação por diferentes entidades da necessidade de terminar rapidamente a obra. A este facto não é naturalmente estranha a prematura adjudicação da obra e o esquecimento de estudos e pareceres relevantes (quando não indispensáveis). Confuso porque, esquecendo passos importantes (e legalmente indispensáveis), foi surgindo constantemente a necessidade de "emendar a mão", obtendo o parecer ou consultando a entidade que havia sido esquecida. Desadequado porque redundou, a final, num conjunto incompleto de estudos parcelares, designadamente ao nível da análise ambiental.

Capítulo 4
Sobre os Condicionalismos Impostos pelas Entidades Consultadas

Importa frisar que todo o procedimento relativo à construção da marina de

Angra do Heroísmo dever-se-ia ter iniciado com um levantamento exaustivo dos condicionalismos (de facto e de direito) que impendiam sobre o projecto, o que não aconteceu.

Desconhece-se, em absoluto, se os condicionalismos impostos pelas entidades consultadas estão contempladas no projecto. Note-se que é a fase do projecto a adequada para salvaguardar a efectiva consagração destas medidas. A transferência da sua concretização para momento posterior afigura-se um procedimento desaconselhável e, as mais das vezes, irrealizável.

Capítulo 5
Sobre a Intervenção da Secretaria Regional da Educação e Cultura

No que respeita ao património subaquático, não obstante ter sido celebrado protocolo com o Ministério da Cultura para o salvamento de achados, existe uma evidente insuficiência de dados. O protocolo prevê somente o salvamento das peças arqueológicas não se conhecendo perspectivas de integração do material recuperado, nem no projecto (pareceria adequado ponderar a existência de zona de exposições na área da marina a construir), nem na cidade de Angra do Heroísmo (eventualmente em Museu).

A circunstância de Angra do Heroísmo ter uma zona classificada pela UNESCO como património mundial foi gravemente esquecida desconhecendo-se totalmente a posição daquele organismo internacional. Embora nada até ao momento o indicie, o certo é que não foi salvaguardada a possibilidade da cidade de Angra do Heroísmo vir a ser desclassificada. Neste domínio, a prioridade parece dever ser garantir a participação da UNESCO no projecto.

Capítulo 6
Sobre a Avaliação do Impacte Ambiental

O art. 27º da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente), apresenta a "avaliação prévia do impacto provocado por obras, pela construção de infra-estruturas, introdução de novas actividades tecnológicas e de produtos susceptíveis de afectarem o ambiente e a paisagem" [cfr. al. g)] como um instrumento de política de ambiente e do ordenamento do território. O art. 30º do mesmo diploma, sob a epígrafe "estudos de impacto ambiental", dispõe que "os planos, projectos, trabalhos e acções que possam afectar o ambiente, o território e a qualidade de vida dos cidadãos, quer sejam da responsabilidade e iniciativa de um organismo da administração central, regional ou local, quer de instituições públicas ou privadas, devem respeitar as

preocupações e normas desta lei e terão de ser acompanhados de um estudo de impacto ambiental".

Nos termos do disposto nesta disposição, o acto administrativo de aprovação do estudo de impacto ambiental assume a característica de formalidade essencial (ou "condição essencial", como lhe chama) para o licenciamento final das obras e trabalhos.

O art. 31º procedeu à definição de um conteúdo mínimo para o estudo de impacto ambiental, garantindo, desta forma, que atrás desta qualificação jurídica não se esconderia um mero acto formal esvaziado de relevância ambiental. Nos seus termos, o conteúdo do estudo de impacto ambiental compreenderá, no mínimo:

a) Uma análise do estado do local e do ambiente;

b) O estudo das modificações que o projecto provocará;

c) As medidas previstas para suprimir e reduzir as normas aprovadas e, se possível, compensar as eventuais incidências sobre a qualidade do ambiente.

Embora excedendo largamente o período inicialmente previsto para a sua aprovação, a legislação complementar à Lei de Bases do Ambiente relativa à avaliação prévia do impacto ambiental, foi publicado em Junho e em Novembro de 1990, através respectivamente do Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho, e do decreto regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro. O Decreto-Lei n.º 186/90 transpõe para o direito interno a Directiva do Conselho n.º 85/337/CEE, de 27 de Junho, a qual define as normas a que deve obedecer a avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente. O legislador optou por listar os "os projectos que, pela sua natureza, dimensão ou localização, se" consideram "susceptíveis de provocar incidências significativas no ambiente" e, como tal, carecem de prévia avaliação do impacto ambiental. Esta listagem consta do anexo I ao Decreto-Lei n.º 186/90, o qual, no entanto, é meramente exemplificativo.

(12)

Parece ser este o sentido do disposto no art. 2º, n.º 3, do diploma citado. Com efeito, uma vez que o art. 2º, n.º1, é relativo à "aprovação de projectos que, pela sua natureza, dimensão ou localização, se considerem susceptíveis de provocar incidências significativas no ambiente", dizer-se que "consideram-se abrangidos pelo disposto no n.º 1 os projectos constantes do anexo I ao presente diploma, do qual faz parte integrante" apenas pode querer significar que, para além destes, outros projectos há que estão abrangidos pelo disposto naquele n.º 1.

Do confronto das listagens dos anexos I e III ao Decreto-Lei n.º 186/90 resulta com alguma evidência que o legislador previu nove categorias de obras que, pela sua

dimensão e tipo de matérias-primas envolvidas, se revestem sempre de especial perigosidade para o ambiente. Nestes integram-se os "portos de comércio marítimos e vias navegáveis e portos de navegação interna que permitam o acesso a barcos com mais de 1350 t" (vide ponto 8 do anexo I).

(13)

Estranhamente, o EIA não faz referência ao cumprimento do ponto 8 do anexo I ao Decreto-Lei n.º 186/90, ou ao ponto 4.5 do anexo ao decreto regulamentar n.º 38/90 (que, como se verá, é aplicável aos portos de recreio). Embora seja indubitável a necessidade de AIA não é indiferente saber o regime jurídico a que, em concreto, deve estar sujeita a avaliação.

Estes projectos ficam sujeitos a uma AIA - Avaliação do Impacte Ambiental (designação abreviada para "processo prévio de avaliação do impacto ambiental") - sendo, no entanto, prevista excepcionalmente a possibilidade da não realização do AIA por decisão conjunta do Ministro do Ambiente e Recursos Naturais e do ministro da tutela (14) (cfr. n.ºs 4 e 5 do art. 2º). Nestas situações, o Governo decidirá da conveniência em realizar outra forma de avaliação.

(14)

Cfr. o disposto no art. 3º, n.º 3, do decreto regulamentar n.º 38/90: "quando o projecto se localize numa região autónoma, a entidade competente para a instrução do AIA é designada pelos respectivos órgãos de governo próprio".

Outras obras há que não têm, por natureza, características de especial perigosidade. No entanto e atendendo à sua dimensão, localização, volume e tipo de matérias manuseados, etc., pode essa perigosidade, no caso concreto, existir. Os projectos com essas características vêm listados no anexo III ao Decreto-Lei no 186/90 e "(...) serão submetidos a AIA, nos termos e de acordo com os critérios e limites (...)" definidos no decreto regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro, como refere o art. 7º, n.º 1, do mencionado Decreto-Lei.

(15)

Transcreve-se o texto da disposição legal:

1. Os projectos constantes do anexo III a este diploma, que dele faz parte integrante, serão submetidos a A.I.A. nos termos e de acordo com os critérios e limites a definir mediante decreto regulamentar.

2. O decreto regulamentar a que se refere o número anterior deve especificar, relativamente aos projectos constantes dos anexos I e III, os elementos a serem

entregues pelo dono da obra, definir o processo a seguir e indicar as entidades competentes para o mesmo e, bem assinam a instituição de mecanismos de acompanhamento e fiscalização.

O decreto regulamentar n.º 38/90 contém uma descrição de projectos genericamente idêntica ao do anexo III ao Decreto-Lei n.º 186/90, apenas com a indicação precisa dos limites que, a serem ultrapassados, implicariam a realização de AIA.

(16)

O texto é o seguinte:

1. O presente decreto regulamentar aplica-se à avaliação de impacto ambiental (AIA) dos projectos referidos no anexo I do Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho, e dos projectos agrícolas, industriais, habitacionais e turísticos ou de infra-estruturas listados no anexo III do mesmo diploma, quando verificado a sua ocorrência, real ou potencial, em território português, esta exceda os limites ou dimensões descritos no anexo deste diploma, que dele faz parte integrante.

2. Sempre que não sejam ultrapassados os limites ou dimensões dos projectos referidos no anexo deste regulamento, as incidências sobre o ambiente são obrigatoriamente salvaguardadas no processo de licenciamento ou autorização respectivo, sem prejuízo da realização de um estudo de impacto ambiental quando não resulte de específica exigência de lei.

Analisar-se-á, seguidamente, o regime jurídico, em termos de avaliação de impacto ambiental, da aprovação do projecto que aqui é estudado: o porto de recreio de Angra do Heroísmo. O juízo de que se trata de porto de recreio e não de um porto de comércio é um mero ponto de partida e não uma conclusão, uma vez que não existem elementos que fundamentem uma tomada de posição definitiva.

Decreto Regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro
Anexo

4 - Infra-estruturas

4.5 - Marinas, portos de recreio e docas de recreio.

É inequívoca a intenção do legislador em submeter os projectos de construção de portos de recreio a AIA. Esquematicamente, a AIA compreende os seguintes trâmites:

1. Início do processoO dono da obra apresenta um EIA-Estudo de Impacte Ambiental, perante a entidade licenciadora do projecto.

2. ImediatamenteA entidade licenciadora envia à entidade da área do ambiente

o projecto, o EIA-Estudo de Impacte Ambiental e outros elementos que repute relevantes.

3. A entidade encarregue de instrução 3.1.aprecia;

3.2.divulga estudos realizados e resultados;

3.3.promove consulta pública;

3.4.elabora relatório da consulta pública;

3.5.faz análise do relatório da consulta pública;

3.6.faz parecer sobre o projecto.

4. Em 120 dias

4.1. A entidade encarregue de instrução do processo da AIA envia (1) parecer, (2) relatório da consulta pública e respectiva (3) análise, à tutela e à entidade licenciadora.

4.2.Se, decorrido o prazo, nada for comunicado à entidade licenciadora, considera-se favorável o parecer.

5. A entidade licenciadora "deve ter em consideração o parecer (...) e, em caso da não adopção, incorporar na decisão as razões de facto e de direito que para forem determinantes".

6. Decisão final a qual deve ser objecto de divulgação pública.

As especificações do EIA são as que constam do anexo II ao Decreto-Lei n.º 186/90, e do decreto regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro.

Anexo II

1. Descrição do projecto, incluindo, em especial:

Uma descrição das características físicas da totalidade do projecto e exigências no domínio da utilização do solo, aquando das fases de construção e de funcionamento;

Uma das principais características dos processos de fabrico, por exemplo a natureza e as quantidades de materiais utilizados;

Uma estimativa dos tipos e quantidades de resíduos e emissões esperados (poluição da água, da atmosfera e do solo, ruído, vibração, luz, calor, radiação, etc.) em resultado do funcionamento do projecto proposto.

2. Se for caso disso, um esboço das principais soluções da substituição examinadas pelo dono da obra e a indicação das principais razões dessa escolha, atendendo aos efeitos no ambiente.

3. Uma descrição dos elementos do ambiente susceptíveis de serem consideravelmente afectados pelo projecto proposto, nomeadamente a fauna, a flora, o solo, a água, a atmosfera, os factores climáticos, os bens materiais, incluindo o património arquitectónico e arqueológico, a paisagem, bem como a interrelação entre os factores mencionados.

4**.** Uma descrição (que deve mencionar os efeitos e, se for caso disso, os efeitos indirectos secundários, cumulativos, a curto, médio e longo prazos, permanentes e temporários, positivos e negativos do projecto) dos efeitos importantes que pode ter no ambiente resultantes:

Da existência da totalidade do projecto;

Da utilização dos recursos naturais;

Da emissão de poluentes, da criação de perturbações ou da eliminação dos resíduos, e a indicação pelo dono da obra dos métodos de previsão utilizados para avaliar os efeitos no ambiente.

5. Um resumo não técnico das informações transmitidas com base nas rubricas mencionadas.

6.Um resumo das eventuais dificuldades (lacunas técnicas ou nos conhecimentos) encontradas pelo dono da obra na compilação das informações requeridos.

Na realidade, o legislador aprovou dois diplomas relativos ao EIA, ambos descrevendo os elementos que deve conter, as descrições que deve fazer e as incidências que deve referir: um, o Decreto-Lei n.º 186/90, cujo anexo II é integralmente dedicado àquela enumeração; outro, o decreto regulamentar n.º 38/90, descreve as características do EIA dos projectos do anexo I ao Decreto-Lei no 186/90 (art. 2º, n.º 1) e do anexo III ao mesmo diploma (n.º 2).

O referido anexo III ao Decreto-Lei n.º 186/90 compreende uma descrição, por grupos de actividades, dos projectos que são submetidos a AIA nos termos do decreto regulamentar de 38/90, de 27 de Novembro.

Relativamente aos projectos do anexo I do Decreto-Lei n.º 186/90, o estudo de impacto ambiental (EIA) deve ser elaborado atendendo aos aspectos descritos no art. 2º, n.º 1, do decreto regulamentar n.º 38/90, a saber:

a) Descrição do projecto, referindo:

Localização;

Características funcionais relativas às fases de construção e operação, bem como, se for caso disso, descrição dos processos de fabrico;

Exigências de utilização de recursos, incluindo a ocupação do solo, matérias-

primas e meios humanos;

b) Situação de referência actual e perspectivas de evolução do local da zona envolvente nos seguintes aspectos susceptíveis de serem operados pela actividade:

Factores físicos, nomeadamente topografia, geologia, hidrologia, climatologia e solos;

Factores bióticos e ecológicos, nomeadamente fauna e flora, "habitats" e ecossistemas, em particular a sua importância, raridade, espécies protegidas, património arqueológico e arquitectónico;

Qualidade do ambiente e seus componentes (água, ar, solo, níveis de ruído, odores e luminosidade);

População e actividade - quadro demográfico, sócio-económico e cultural;

Uso do solo e sua relação com figuras de ordenamento, nomeadamente áreas protegidas, sítios classificados, reserva ecológica nacional. reserva agrícola nacional, planos urbanísticos e de ordenamento do território, servidões e outros condicionamentos;

c) Incidências sobre o ambiente e medidas mitigadoras:

Incidência sobre o sistema de drenagem e características hidrológicas e hidrodinâmicas em geral, designadamente no que respeita a aquíferos, cursos de água, albufeiras, zonas ribeirinhas e sistemas estuarinos e costeiros;

Incidência de emissão de resíduos líquidos e gasosos e ruído sobre os parâmetros de qualidade do meio receptor, nomeadamente o solo, água e ar;

Alterações profundas ou irreversíveis na estrutura do ecossistema e factores de desequilíbrio ecológico;

Alteração do património cultural e ou dos patrimónios construído e arqueológico e qualquer acção que afecte os usos e costumes locais e regionais; Implicações na utilização de recursos naturais afectos ao projecto e alterações no uso do solo e recursos;

Alterações nos parâmetros demográficos e sócio-económicos da população;

Análise dos riscos para o ambiente e população decorrente de acidentes graves e respectivas medidas de prevenção e planos de emergência;

Medidas mitigadoras das incidências negativas sobre o ambiente.

O regime aplicável a estes projectos conhece, ainda, as seguintes especialidades, nos termos do disposto no art. 4º, do decreto regulamentar n.º 38/90:

Consulta do públicoa consulta do público deve realizar-se por um período de tempo não inferior a 40 nem superior a 60 dias;

Público interessado para efeitos de acesso e participação considera-se como público interessado os cidadãos, as suas organizações representativas (nomeadamente as associações de defesa do ambiente e as autarquias locais da região abrangido,

relativamente a empreendimentos em cujo processo não tenha participado).

Já no que concerne aos projectos enumerados no anexo III do Decreto-Lei n.º 186/90 (e especificados no anexo do decreto regulamentar n.º 38/90), o EIA deve proceder à análise descrita no art. 20º, n.º 2:

Localização, descrição e características funcionais do projecto;

Incidência sobre o sistema de drenagem, zonas ribeirinhas e sistemas costeiros e estuarinos,

Incidência da emissão de resíduos ou efluentes sobre os parâmetros de qualidade do solo, água e ar,

Factores de desequilíbrio na estrutura do ecossistema,

Medidas mitigadoras das incidências negativas sobre o ambiente.

O regime a que se submetem os projectos enumerados no anexo III e especificados no anexo do decreto regulamentar n.º 38/90 tem, por seu turno, as seguintes especialidades, igualmente nos termos do disposto no art. 4º do decreto regulamentar n.º 38/90:

Consulta do público deve realizar-se por um período de tempo não inferior a 20 nem superior a 30 dias;

Público interessado para efeitos de acesso e participação considera-se como público interessado as freguesias onde se localize o empreendimento ou por onde ele passe e as que lhes sejam limítrofes se por ele possam ser afectadas, os cidadãos nelas residentes e as suas organizações representativas (nomeadamente as associações de defesa do ambiente).

O decreto regulamentar n.º 38/90, embora seja posterior e disponha sobre a mesma matéria do Decreto-Lei n.º 186/90, não o pode ter revogado, na decorrência do princípio da hierarquia das fontes. Assim, os dois diplomas devem ser entendidos conjuntamente e tem vindo a ser (pacificamente) considerado que os requisitos do decreto regulamentar são uma explicitação dos previstos no Decreto-Lei n.º 186/90. No entanto, ainda que se entendesse que o legislador previu dois regimes consoante a perigosidade dos projectos em apreço - um, cuja disciplina é mais severa, atendendo aos efeitos potencialmente mais graves que pode causar no ambiente; outro, menos gravoso, relativo a projectos ecologicamente menos sensíveis - deve notar-se que as diferenças apenas se situam ao nível da abrangência dos estudos e nunca, como ficou descrito, no tocante à sequência procedimental.

O art. 10º do Decreto-Lei n.º 186/90 prevê que a contra-ordenação constituída pela "execução de projectos sujeitos a AIA sem a necessária aprovação ou em violação do conteúdo dessa decisão" seja "punível com coima de 500 a 6000 contos" (n.º 1), sendo que "a entidade competente para a aplicação da coima (...) é o membro do Governo responsável pela área do ambiente" (n.º 3).

O art. 7º, do decreto regulamentar n.º 38/90, determina, por seu turno, que "a fiscalização cabe aos serviços competentes do Ministério do Ambiente e Recursos Naturais".

(17)

Importa chamar a atenção, uma vez mais, para o disposto no art. 3º, n.º 3, do decreto regulamentar n.º 38/90: "quando o projecto se localize numa região autónoma, a entidade competente para a instrução do AIA é designada pelos respectivos órgãos de governo próprio".

A título de sanção acessória, o n.º 4 do supra referido art.10º, prevê:

a) A apreensão de máquinas ou utensílios;

b) O encerramento de instalações;

c) A interdição do exercício de profissão ou actividade;

d) A privação do direito de participação em arrematações e concursos promovidos por entidades ou serviços públicos, de obras públicas, de fornecimento de obras e serviços ou concessão de serviços, licenças ou alvarás.

O art. 48º, da Lei de Bases do Ambiente, relativo à obrigatoriedade de remoção das causas da infracção e da reconstituição da situação anterior prevê que, caso não seja possível a reposição da situação anterior à infracção, seja paga indemnização (o legislador refere-se-lhe como "indemnização especial") e sejam realizadas as obras necessárias à minimização das consequências provocados (cfr. n.º 3). Por outro lado, o art. 10º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 186/90, dispõe que a execução de projectos sujeitos a AIA sem a necessária aprovação ou em violação do conteúdo dessa decisão constitui o infractor na obrigação de reconstituição da situação existente antes da infracção. Acrescenta, ainda, que, perante a falta de acatamento voluntário, podem os serviços do Estado actuar "directamente por conta do infractor, sendo as despesas cobradas coercivamente, através do processo previsto para as execuções fiscais".

O art. 5º do decreto regulamentar n.º 38/90, que regulamenta o mencionado art. 48º da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente), esclarece que "o montante de indemnização é calculado com base na estimativa do custo das acções e estudos alternativos à situação antes existente e necessários à minimização das

impactos provocados" (n.º 1), acrescentando que, na impossibilidade de fixar a indemnização nestes termos, deve o valor ser fixado equitativamente pelo tribunal, como se de danos não patrimoniais se tratasse.

Nos termos do disposto no art. 6º do decreto regulamentar n.º 38/90, quando não seja adoptado o parecer da entidade competente para a instrução do processo de AIA, o licenciamento deve prever obrigações de controlo e mecanismos de acompanhamento. Cabe, então, aos serviços regionais competentes na área do ambiente assegurar o controlo sobre os impactos negativos sobre o ambiente e promover os mecanismos de acompanhamento, realização de auditorias e controlos e monitorizações, por forma a permitir a compensação atempada dos efeitos no ambiente.

Atendendo a que, como se viu, a AIA deve ser prévia à aprovação do projecto - nos termos do art. 30º da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril (Lei de Bases do Ambiente) o acto administrativo de aprovação do estudo de impacto ambiental assume a característica de formalidade essencial para o licenciamento final das obras e trabalhos - o acto de aprovação da construção do porto de recreio de Angra do Heroísmo encontrar-se-ia afectado na sua validade.

(18)

Como se viu, porém, a questão é agravada pela inexistência no procedimento do acto de aprovação da competência do Governo da República (*vide* IV Considerações Finais, Capítulo 2, "Sobre o processo relativo ao domínio público marítimo").

Por outro lado, não foi elaborado o resumo não técnico a que alude o art. 4º, n.º 3, do decreto regulamentar n.º 38/90, de 27 de Novembro, que se destina, nos termos da lei, "*(...) à consulta do público interessado, de molde a permitir uma alargada participação das entidades interessadas e dos cidadãos na apreciação do projecto*" (cfr. art. 4º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 186/90).

Também não se realizou qualquer consulta pública, nos termos do disposto no art. 4º do Decreto-Lei n.º 186/90, e no art. 4º do decreto regulamentar n.º 38/90 - razão pela qual não foi elaborado o "*relatório sucinto especificando as diligências efectuadas, a participação registada e as conclusões a extrair*" referido no n.º 6 daquela disposição.

Uma vez que o documento da Direcção Regional do Ambiente considerou que

a)"(...) o estudo (...) não possibilitou a análise objectiva de vários impactos

detectados pelo próprio estudo, mas não quantificados, nem a apresentação de medidas mitigadoras concretas";

b)"(...) este estudo assenta em diversos aspectos pouco conhecidos, contudo, apesar das incógnitas existentes, deduz que os respectivos impactos são reduzidos em vez de tentar determinar mais profundamente as incógnitas existentes e respectivos impactos"; e

c)"(...) esta situação (...) obriga a uma análise mais cuidadosa, sobretudo no que respeita à operacionalidade do porto, conhecimento da geologia estrutural da baía e impacto sobre as praias que lhe são contíguas", aguardar-se-ia a imposição da reformulação do EIA, pelo menos quanto a este aspectos. Tal não aconteceu e o documento não impõe nenhuma obrigação de qualquer natureza.

VI
Conclusões

Atendendo a que a decisão de construção do porto de recreio de Angra do Heroísmo consubstancia uma opção de carácter político as conclusões a extrair da análise feita visam unicamente a salvaguarda da regularidade procedimental, do normativo aplicável e, em especial, dos interesses difusos afectados (particularmente o domínio público e o ambiente).

Resulta com alguma evidência que todo o processo dever-se-ia encontrar parado até estar definitivamente resolvida a questão da aprovação do projecto pelo Governo da República.

Importa, por outro lado, conhecer qual o entendimento sobre a relevância que assume, para as entidades públicas envolvidas, a posição da UNESCO. Caso (como se crê que será) se julgue determinante (até pela possibilidade da perda de classificação da "zona Património Mundial"), impõe-se a suspensão dos trabalhos até que seja conhecida.

Acresce que do projecto devem fazer parte integrante os contributos das entidades chamadas a dar parecer. E se o entendimento for o de que as imposições não devem merecer acolhimento impõe-se a sua sustentação, fundamentada.

O processo prévio de avaliação do impacto ambiental (AIA) é inexistente. Embora alguns estudos possam ser aproveitados (designadamente parte do EIA) o processo tem de ser reiniciado. Em especial, deve ser dada particular atenção ao procedimento de consulta ao público.

Deve ser respeitado o direito de participação procedimental e deve ser

assegurada uma alargada consulta pública.

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no artigo 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que seja determinada a imediata suspensão dos trabalhos de construção do porto de recreio de Angra do Heroísmo;

B. Que o recomeço dos trabalhos aguarde:

- A aprovação do projecto pelo Governo da República;
- O conhecimento da posição da UNESCO sobre a construção projectada;
- A reformulação da avaliação de impacto ambiental, nos termos expostos.

C. Que seja realizada, antes do recomeço das obras, ampla consulta pública e assegurada a participação procedimental (em especial dos habitantes da cidade de Angra do Heroísmo) e que os respectivos resultados sejam contemplados no projecto.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional dos Açores

R-1919/96
R-3977/97
R-3978/97
Rec. n.º 41/A/98

I
Exposição de Motivos

Os Factos

Foi dirigida ao provedor de justiça uma reclamação relativa aos pedidos de aposentação voluntária dos senhores J.F. (serralheiro mecânico principal), M.D. (fiel de armazém) e J.M.S. (cantoneiro), funcionários da Delegação da Ilha Terceira da Secretaria Regional da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações.

O Decreto-Lei n.º 247/92, de 7 de Novembro, visando racionalisar o emprego dos recursos humanos da Administração Pública, veio permitir a aposentação voluntária dos funcionários com mais de 30 anos de serviço prestado; o Decreto Legislativo Regional n.º 3/95/A, de 22 de Março, procedeu à adaptação da disciplina contida naquele diploma à Região Autónoma dos Açores.

Os senhores J.F. (serralheiro mecânico principal), M.D. (fiel de armazém) e J.M.S. (cantoneiro) requereram a aposentação voluntária, ao abrigo dos mencionados diplomas.

A Secretaria Regional da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações aprovou os termos da lista nominativa, a publicar no Jornal Oficial, com os funcionários cujo pedido de aposentação havia sido deferido (cfr. despacho de 03/09/96 do senhor Secretário Regional).

Sua Excelência o Ministro da República para a Região Autónoma dos Açores recusou a assinatura do projecto de Decreto Regulamentar Regional n.º 38/96, que contemplaria o abatimento dos lugares referidos porquanto, atendendo ao tempo necessário à publicação do diploma no Diário da República e o período de vacatio legis, o início da respectiva vigência ocorreria já depois da entrada em funções de novo Governo (cfr. decisão de 15/10/96).

O projecto de decreto regulamentar regional relativo à alteração do quadro de pessoal da Delegação da Ilha Terceira da Secretaria Regional da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações foi novamente aprovado no Conselho do Governo de 18/12/96, e foi enviado a Siua Excelência o Ministro da República para a

Região Autónoma dos Açores.

O texto do projecto do decreto regulamentar regional era o seguinte:

Considerando que o Decreto-Lei n.º 247/92, de 7 de Novembro, aplicado à Região Autónoma dos Açores pelo Decreto Legislativo Regional n.º 3/95/A, de 22 de Março, consagrou medidas de descongestionamento da Administração Pública, permitindo aos serviços, adequarem os quadros às suas reais necessidades;

Considerando que, na Secretaria Regional da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações - Delegação da Ilha Terceira existe pessoal julgado dispensável, dado que as funções por ele asseguradas se têm revelado desnecessárias;

Considerando que, por imperativo legal, importa reajustar o quadro daquele Departamento Governamental;

Assim, em execução do disposto no artigo 17º do Decreto Regional n.º 30/82/A, de 28 de Outubro, o Governo Regional decreta, nos termos da alínea d) do n.º 1, do artigo 229º, da Constituição, o seguinte:

Artigo Único

Ao número de lugares do quadro da Delegação da Ilha Terceira, são abatidos os lugares das carreiras e categorias do mapa anexo ao presente diploma, do qual faz parte integrante.

Aprovado em Conselho, em

O Presidente do Governo Regional

Carlos Manuel Martins do Vale César

Anexo
Mapa a que se Refere o Artigo Único

NÚMERO DE LUGARES	DELEGAÇÃO DA ILHA TERCEIRA	OBSERVAÇÕES
	PESSOAL OPERÁRIO QUALIFICADO	
1	Encarregado Geral	(a) (b)
4	Serralheiro Mecânico ou Serralheiro Mecânico Principal	(a) (c)
1	Soldador Electroarco ou Soldador Electroarco Principal	(a) (b)
	PESSOAL OPERÁRIO NÃO QUALIFICADO	
40	Cantoneiro	(a) (d)
	PESSOAL AUXILIAR	
2	Fiel de Armazém	(e) (c)

OBSERVAÇÕES

(a) Remuneração segundo o Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro

(b) O lugar a extinguir quando vagar

(c) Um lugar a extinguir quando vagar

(d) Quatro lugares a extinguir quando vagarem

(e) Aplica-se a remuneração da carreira de "fiel de armazém de mercados e feiras, anexo 3 - Administração Local", segundo o Decreto-Lei n.º 353-A/89, de 16 de Outubro

Entretanto, o Decreto-Lei n.º 14/97, de 17 de Janeiro, revogou o Decreto-Lei n.º 247/92, de 7 de Novembro, razão pela qual o mencionado decreto regulamentar regional nunca terá sido assinado.

O Orçamento da Região Autónoma dos Açores para a ano de 1997, aprovado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 9-A/97/A, de 3 de Julho, compreendia no capítulo relativo a medidas estruturais ("Capítulo IV, Medidas estruturais") disposição nos termos da qual "o Governo Regional proporá junto da administração central a criação de medidas excepcionais que visem a aposentação antecipada e voluntária dos

funcionários e agentes da administração regional que o requeiram e que possam ser considerados disponíveis, na perspectiva da indispensável reestruturação e redimensionamento da administração regional" (cfr. art. 9º, n.º 1).

A Instrução

No âmbito da instrução do processo aberto neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores), e atendendo à disciplina jurídica do Decreto Legislativo Regional n.º 9-A/97/A, importava obter esclarecimentos sobre:

-as medidas previstas no n.º 1 daquela disposição legal (criação de medidas excepcionais que visem a aposentação antecipada);

-o prazo previsto para a sua concretização.

Por outro lado, tornava-se relevante saber se os senhores J.F., J:M:S. e M.D., deveriam ser considerados, para aquele efeito, disponíveis e se podiam, em consequência, esperar pela obtenção da pretendida aposentação voluntária.

A resposta, proferida pelo senhor Director Regional de Organização e Administração Pública (cfr. ofício n.º 1321, de 10/02/98), informava que "(...) a Direcção Regional já se pronunciou sobre requerimento do funcionário supracitado, tendo informado, na altura, que em conformidade com o disposto Decreto Legislativo Regional n.º 3/95/A, de 22/03 - diploma que implementou, na Região, a aposentação voluntária contemplada e regulada pelo Dec. Lei n.º 247/92, de 7/11 - "... não se verificando extinção do serviço e desnecessidade do exercício das funções de Serralheiro Mecânico não se configura uma situação enquadrável na aposentação voluntária"" acrescentando, ainda, que "(...) após o Decreto Legislativo Regional anteriormente referido, e não obstante o disposto no Decreto Legislativo Regional n.º 9-A/97/A, de 3/06, esta Direcção Regional não teve conhecimento de nenhuma proposta nesse sentido".

Nada foi referido quanto à situação dos senhores J.M.S. e M.D., cuja situação era também objecto do ofício n.º 593, de 11/11/97, da Provedoria de Justiça.

Atendendo à insuficiente prestação das informações solicitadas, foi expedido novo ofício (n.º 203, de 13/02/98), esclarecendo que era relevante conhecer do interesse objectivo da Administração na concretização das aposentações voluntárias dos senhores J.F., J.M.S. e M.D..

A resposta, prestada a coberto do ofício n.º 2514, de 26/03/98, foi a seguinte: " (...) informa-se V.Excia. de que em conformidade com o ofício n.º 726, de 98/03/05,

da Delegação da Ilha Terceira da Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos, o assunto foi colocado à Secretaria Regional acabada de referir, tendo-nos sido adiantado que os funcionários em causa se encontram na situação de doença prolongada".

Conclusão

A presente instrução não apurou existirem quaisquer motivos de facto que inviabilizem as aposentações voluntárias dos senhores J.F., J.M.S. e M.D..

Atendendo, em especial, à circunstância do actual Governo Regional ter aprovado, na reunião do Conselho de 18/12/96, a proposta de alteração do quadro de pessoal da Delegação da Ilha Terceira da Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos, bem como ao facto da respectiva Secretaria Regional não ter revelado a existência de interesse objectivo da Administração Regional em não possibilitar aquelas aposentações, apenas subsistem razões de direito que as condicionam.

Assim sendo, pode o Governo Regional dos Açores desencadear procedimento legislativo tendente a possibilitar a aposentação voluntária dos funcionários em causa.

II
Conclusões

Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que o Governo Regional dos Açores promova iniciativa legislativa que contemple o abatimento dos lugares do quadro da Delegação da Ilha Terceira da Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos permitindo, desse modo, a aposentação voluntária dos senhores J.F., J.M.S. e M.D..

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de São Roque do Pico

R-3437/97
Rec. n.º 42/A/98

I
Exposição de Motivos

Foi recebida neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) uma reclamação relativa às obras efectuadas em prédio sito na Estrada Regional n.º 1, 2, Cais do Pico, São Roque do Pico, de que era proprietário o senhor J... .

2. Nos termos da queixa as obras de ampliação realizadas contrariavam as disposições urbanísticas em vigor. Em especial, era alegada a violação das disposições constantes dos art.s 1360º, 1362º, 1363º, 1372º e 1373º, do Código Civil.

3. Em ordem à cabal averiguação dos factos reclamados foi oficiada a Câmara Municipal de São Roque do Pico (cfr. ofício n.º 429, de 15/10/97) por forma a serem obtidas informações sobre:

- As características dos trabalhos realizados no prédio sito na Estrada Regional n.º 1, 2, Cais do Pico, São Roque do Pico;
- O necessário licenciamento;
- A parte, ou partes, da obra alegadamente em desacordo com o projecto

aprovado pela Câmara Municipal de São Roque do Pico;

- As medidas tomadas em ordem à reposição da legalidade urbanística alegadamente ofendida.

4. Acrescidamente, foi pedida a realização de acção de fiscalização à obra mencionada, por forma a serem obtidas informações actualizadas sobre o estado dos trabalhos reclamados.

5. A coberto do ofício n.º 3095/G/697/D.O., de 24/11/97, a Câmara Municipal de São Roque do Pico prestou os seguintes esclarecimentos:

a) Os trabalhos reclamados consistiram na ampliação de área coberta da habitação do senhor J... (mais 30 m² sobre a garagem);

b) A obra foi licenciada (processo n.º 1/97, de 07/01/97);

c) A obra não respeitou, pelo menos em parte, o projecto aprovado pela Câmara Municipal de São Roque do Pico.

6. O ofício mencionado referia, igualmente, que "(...) o reclamante particular denunciou inicialmente junto [da] edilidade o incumprimento por parte do beneficiário da licença de construção, do disposto no art. 1360º/1 do Código Civil, o que levou a Câmara Municipal a, imediatamente, procurar que a obra respeitasse todos os condicionalismos legais, tendo exigido ao titular da licença que providenciasse pela reposição da situação devida".

7. Por fim, a comunicação da Câmara Municipal de São Roque do Pico mencionava ter sido promovida vistoria à obra que concluira pela conformidade dos trabalhos executados com o projecto aprovado.

8. Por ofício de 26/01/98 (n.º 116), este Órgão do Estado solicitou esclarecimentos adicionais à Câmara Municipal a que V.Exa. preside. Em especial foi perguntado se:

a) Face à verificação, constante da informação n.º 46/97 assinada pelo senhor Engenheiro Técnico da DOUPSU (a fls. do processo camarário) e da Informação da Fiscalização, de 25/06/97, do senhor Fiscal Municipal Adalberto Manuel Martins Xavier (igualmente a fls. do processo camarário) fora lavrado auto e instaurado o competente processo contra-ordenacional e quais as conclusões que aquele procedimento permitira apurar;

b) Em caso negativo, quais as razões que haviam justificado a não instauração do respectivo processo;

c) pedido de licenciamento fora publicitado (*vide* art. 8º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro);

d) A licença de construção fora publicitada (*vide* art. 9º, do Decreto-Lei n.º

445/91, de 20 de Novembro);

9. Face aos elementos constantes do processo aberto na Provedoria de Justiça, e designadamente às informações prestadas pelas comunicações do queixoso de 21/10/97, de 24/10/97 e de 18/12/97, foi solicitado a V.Exa. que diligenciasse para que fosse efectuada vistoria camarária ao edifício em causa por forma a ser dada resposta aos seguintes quesitos:

I. A construção erigida (estrutura do balcão) ficou apoiada em pilar isolado erguido na metade da parede divisória que dá para prédio vizinho?

II. A parte nova (que vai para além da linha da antiga garagem) ocupa um espaço que abrange toda a parede divisória?

III. Foi, em consequência, violada a disposição constante do art. 1373º, do Código Civil?

IV. A nova construção não ocupa, em parte, o espaço aéreo correspondente à meação do vizinho na parede divisória?

V. A abertura existente no lado oeste da construção não tem, em qualquer das suas dimensões, mais de 15cm ?

VI. Não viola, em consequência, o disposto no art. 1360º, do Código Civil?

VII. Qual a distância da escada (exterior) de acesso ao balcão do prédio vizinho?

VIII. Não é violado o disposto no art. 1360º, do Código Civil, porquanto não é respeitada a distância mínima de 1,50cm ?

IX. A nova construção não criou, ao nível do solo, uma área coberta da qual a parede divisória comum aos dois prédios funciona como parapeito?

X. Não é violado, por este facto, a disciplina contida no art. 1360º, do Código Civil, porquanto é permitido o devassamento do prédio vizinho?

10. A resposta da Câmara Municipal de São Roque do Pico (ofício n.º 807/G/157/D.O.) foi prestada em 18/03/98 e dava conta que:

a) Não foi instaurado processo contra-ordenacional;

b) "(...) esta Câmara Municipal, em cumprimento dos princípios de igualdade e proporcionalidade genéricamente consagrados (e, de resto, em consonância com uma prática reiterada no Município desde sempre, e merecedora do acordo de todos os orgãos Municipais), tem pontuado a sua conduta no dominio das presentes matérias por uma orientação preventiva, pedagógica e não punitiva (...)";

c) "(...) o pedido de licenciamento não foi publicitado, devido à Câmara Municipal, não ter entregue ao requerente o placar, visto que só em obras de alguma dimensão, e em zonas com medidas cautelares se tem entregue aquela publicitação, o que se passará a fazer em relação a todos os processos";

d) "(...) foi entregue ao requerente o placar com a licença de construção".

11. O mesmo ofício transcreve a informação do Chefe da D.O.U.S.U. n.º 12/98, de 17/03/98, que é do seguinte teor:

"De acordo com o solicitado procedeu-se a uma vistoria, que apurou o seguinte:

A actual proprietária, afirmou perante mim, e o Fiscal Municipal Adalberto Manuel Martins Xavier, que o muro, lhe pertencia na totalidade, pois por afirmações do antigo proprietário aquele muro tinha sido totalmente construído dentro da sua propriedade, e que por isso a extrema do terreno é o fim do muro.

Assim, as perguntas respeitantes ás alíneas a) b) c) e d), do ofício da Provedoria de Justiça, não teriam razão de ser, esclarecendo-se que independentemente do afirmado pela actual dona, a construção agora erigida, (à semelhança da garagem já existente), ocupa a totalidade da parede.

A abertura a oeste tem mais de 15 cm, (tem 0,65 m de altura, por toda a

largura da varanda, (cerca de 3,0 m).

Quanto à alínea f) das perguntas da Provedoria de Justiça, pergunto se o ponto 2, do artigo 1360, do código civil não torna aquela abertura legal.

Se o ponto 2, não tiver validade neste caso, a abertura contraria o código civil no atrigo 1360º.

A escada, não está de acordo com o projecto apresentado e está, a 1,35 m ou 1,45 m, até ao fim da totalidade do muro e não a 1,5 m como indicava o projecto, principalmente devido à existência de um forno e respectiva chaminé.

Quanto à alínea h) informamos que é violado o art. 1360 do código civil.

Quanto às alíneas i) e j), o meu entender é semelhante a outras decisões que tenho tomado, em casos semelhantes, pois, não encontro no código civil, nenhum artigo que proiba concretamente aquele tipo de situações, mas não discuto o espírito da Lei do código civil, pois se Advogados e Juízes acharam que aquela situação não está de acordo com a disciplina do art. 1360, apesar de me parecer que aquela situação traduz uma extrema que existe, apenas tendo sido acrescentada a cobertura, podendo também ser encarada a situação como varanda a aplicar o ponto 2 do artigo 1360 do código civil.

Sobre estes assuntos, nada mais tenho a informar".

12. De tudo quanto ficou exposto é já possível concluir que:

a) algumas das questões controvertidas (designadamente a da propriedade da parede divisória e a da interpretação do disposto no art. 1360º, n.º 2, do Código Civil) deveriam ter sido equacionadas - e resolvidas - no âmbito do processo de licenciamento da obra. Subsistindo interrogações, impunha-se que a Câmara Municipal procedesse à medição do prédio em causa (para saber se a parede divisória fora construída também no prédio vizinho) e esclarecesse as dúvidas interpretativas mediante parecer técnico (para poder avaliar da legalidade da abertura existente);

b) não foi instaurado o competente procedimento contra-ordenacional, em face da verificação da desconformidade dos trabalhos realizados com o projecto aprovado;

c) não foram desencadeados os mecanismos subsequentes, de legalização da obra ou demolição dos trabalhos ilegalmente efectuados.

13. Quanto ao referido em a), resulta com alguma evidência que o argumento de que a proprietária "*afirmou (...) que o muro lhe pertencia*" é, por si só, insuficiente (senão irrelevante); por outro lado, era imperioso que a Câmara Municipal de São Roque do Pico estivesse tecnicamente habilitada a responder às questões que os serviços de fiscalização formularam (sobre a aplicabilidade do disposto no art. 1360º, n.º 2, do Código Civil).

14. No que respeita às questões expostas nas alíneas b) e c), reafirmo, quase na íntegra, a argumentação exposta na minha Recomendação n.º 7/A/98 dirigida ao Presidente da Câmara Municipal de São Roque do Pico que como certamente V.Exa. recordará, era relativa a um caso de ausência de processamento de contra-ordenação.

15. Como então referi, o Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro (na redacção do Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro) impõe a obrigatoriedade de licenciamento camarário de todas as obras de construção civil, designadamente a construção de novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações [cfr. art. 1º, n.º 1, alínea a)].

16. Da mesma forma, o Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, dispõe que a execução de novas edificações "*não pode ser levada a efeito sem prévia licença das câmaras municipais, às quais incumbe também a* [sua] *fiscalização*" (cfr. art.s 1º e 2º).

17. Resulta do disposto no art. 51º, do Decreto-Lei n.º 445/91, a incumbência municipal de fiscalização do cumprimento das disposições do regime legal urbanístico.

18. Do disposto na alínea b) do n.º 1 do art. 54º do diploma em apreço resulta que a execução de obras de construção civil em desacordo com os termos do projecto aprovado, constitui contra-ordenação, punível com coima graduada de 100.000$00 até ao máximo de 20.000.000$00, no caso de pessoa singular, ou até 50.000.000$00, no caso de pessoa colectiva (cfr. n.º 2 do preceito em causa), pelo que a verificação daquela situação não pode deixar de conduzir, nos termos do disposição citada, à instauração de processo contra-ordenacional.

19. Da conjugação das disposições dos art.s 51º e 54º, n.º 1, al. b), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, resulta que o processamento de contra-ordenação assume, na situação em apreço, carácter vinculado, uma vez que a incumbência de fiscalização do cumprimento das disposições urbanísticas conferida à Câmara Municipal de São Roque do Pico vem acompanhada da competência para o processamento das contra-ordenações respectivas.

20. Tal como referi na Recomendação n.º 7/A/98, a decisão de instaurar o competente procedimento contra-ordenacional constitui, perante a verificação dos necessários pressupostos, poder vinculado da câmara municipal.

21. A omissão da Câmara Municipal de São Roque do Pico de instauração de procedimentos contra-ordenacionais em virtude da realização de obras sem o necessário licenciamento ou em desrespeito pelos termos do projecto aprovado assume, pelo seu carácter reiterado, contornos de negação de administração de justiça e de aplicação do direito. Devo, pois, lembrar a V.Exa., senhor Presidente da Câmara Municipal de São Roque do Pico, o disposto no art. 12º, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, nos termos do qual "o titular do cargo político que no exercício das suas funções se negar a administrar a justiça ou a aplicar o direito que, nos termos da sua competência, lhe cabem e lhe forem requeridos será punido com prisão até dezoito meses e multa até 50 dias".

22. Sendo a Câmara Municipal de São Roque do Pico competente para o processamento da respectiva contra-ordenação, e tendo comprovado a violação da disciplina legal urbanística, não pode deixar de instaurar aquele procedimento. Não obstante, nos termos do disposto no art. 167º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, pode ser requerida a legalização dos trabalhos realizados em desrespeito pelas pertinentes disposições urbanísticas. No entanto, a legalização destes trabalhos de construção civil apenas poderá ocorrer caso se "*reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de*

segurança e de salubridade" (cfr. art. 167º, n.º 1, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

23. Tal como referi na Recomendação n.º 7/A/98, a legalização das obras realizadas sem licença é o único meio de evitar a demolição dos trabalhos ilicitamente erigidos (cfr. corpo do mencionado art. 167º) mas somente se se verificar a susceptibilidade dos trabalhos realizados virem a conformar-se com as disposições relativas a urbanização, estética, segurança e salubridade. Caso não possa ser evitada, nos termos do disposto no mencionado artigo, por não estarem reunidas as condições urbanísticas, de estética, de segurança ou de salubridade para a legalização, a consequência será, obrigatoriamente, a demolição dos trabalhos realizados sem a necessária licença camarária, ao abrigo do disposto no art. 165º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

II
Conclusões

24. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

À Câmara Municipal de São Roque do Pico:

A. Que providencie o imediato esclarecimento das dúvidas suscitadas pelo senhor Chefe da D.O.U.S.U. na informação n.º 12/98, de 17/03/98, sobre o entendimento dos termos do art. 1360º, do Código Civil;

B. Que instaure procedimento contra-ordenacional, em virtude da realização de trabalhos de construção civil no prédio sito na Estrada Regional n.º 1, 2, Cais do Pico, em São Roque do Pico, em desconformidade com o projecto aprovado;

C. Que, caso tal seja requerido e se reconheça que as obras realizadas são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, estética, de segurança e de salubridade, seja promovida a legalização daqueles trabalhos;

D. Que, caso não estejam reunidas as condições urbanísticas, de estética, de segurança ou de salubridade indispensáveis à legalização, seja promovida a demolição dos trabalhos realizados em desconformidade com o projecto aprovado

25. Uma vez que V.Exa. afirma existir a concordância de todos os órgãos municipais relativamente à não instauração de procedimentos contra-ordenacionais nos casos de falta de licenciamento municipal ou de execução de trabalhos desconformes ao projecto, solicito a V.Exa. que dê conhecimento do teor desta Recomendação aos respectivos titulares.

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Ponta Delgada

R-3583/96
Rec. n.º 43/A/98
1998.06.26

I
Exposição de Motivos

A Reclamação

1. Em 03/09/96, foi aberto processo na Provedoria de Justiça (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa a construção não licenciada na Rua das Laranjeiras, em Ponta Delgada. A obra em causa consistia na montagem de uma estrutura metálica (ponte rolante).

2. A presente Recomendação foi directamente motivada pela comunicação da Câmara Municipal de Ponta Delgada (telefax de 19/03/98) a qual é do seguinte teor:

> "Em resposta ao vosso ofício n.º 4167, cumpre-me informar e esclarecer o seguinte:
>
> A controvertida "ponte rolante" suscitou a apreciação de anteriores executivos Municipais assim como da actual Câmara. O ponto da situação relativamente à matéria reclamada até 28 de Julho de 97 é o constante do nosso ofício n.º 8691 da mesma data e remetido à Exmª Assessora de Sua Excelência o provedor de justiça.
>
> Posteriormente, e na sequência do ofício dessa Provedoria, datado de 10 de Novembro de 97, concluímos ter ocorrido um erro de apreciação desta Câmara ao configurar a matéria reclamada como actividade sujeita a licenciamento Municipal nos termos do Regulamento Geral das Edificações Urbanas - D.L. 38382 de 7 de Maio 51 - e Regime Jurídico de Obras Particulares - D.L. 166/70 de 15 de Abril.
>
> Como é do conhecimento superior de Vossa Excelência esta legislação - hoje parcialmente revogada pelo D.L. 445/91, de 20 de Novembro, que reformou o regime jurídico do licenciamento municipal de obras particulares - tem por objectivo o licenciamento de obras de construção civil e utilização de edifícios, ou seja todos os actos e operações materiais de edificação e uso do solo para fins urbanísticos.

Este entendimento que, salvo melhor opinião, resulta directamente da letra e espírito da lei determina que o licenciamento da referida "ponte rolante" exorbita da área de competências Municipais. Com efeito os trabalhos de montagem de uma estrutura amovível, no caso presente a referida "ponte rolante", não se enquadram na previsão do objecto de licenciamento cfr. estatuído no artº 1º do D.L. 445/91 de 20 de Novembro.

(...)".

3. Acresce que, por comunicação de 20/04/98, o queixoso informou este Órgão do Estado da subsistência da matéria reclamada.

4. Como ficará demonstrado, a obra de montagem de uma estrutura metálica (ponte rolante) na Rua das Laranjeiras, 21, em Ponta Delgada, está sujeita a licenciamento municipal o qual deverá ser assegurado pela Câmara Municipal de Ponta Delgada.

O Direito

5. Importa, desde já, chamar a atenção para o disposto no Decreto-Lei n.º 139/89, de 28 de Abril, que impõe o licenciamento camarário das acções de destruição do revestimento vegetal que não tenham fins agrícolas e das acções de aterro ou escavação que conduzam à alteração do relevo natural e das camadas de solo arável [cfr. art. 1º, n.º 1, alíneas a) e b)]. Da descrição da obra reclamada resulta que esta implica a alteração do relevo natural da área em que se insere. Não obstante, uma vez que a alínea a) do n.º 1 do art. 2º exceptua deste regime "*as acções que,* estando sujeitas a regime legal específico, já se encontrem devidamente autorizadas, licenciadas ou aprovadas pelas órgãos competentes" os mencionados trabalhos de montagem da estrutura metálica (ponte rolante) está sujeita somente a licenciamento camarário nos termos da disciplina prevista no mencionado Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro.

6. Assim sendo, ainda que se aceitasse o entendimento perfilhado pela Câmara Municipal de Ponta Delgada (o qual não se me afigura defensável) sobre a não aplicabilidade do regime jurídico das obras particulares, sempre subsistiria a necessidade de licenciamento camarário em virtude da aplicação da disciplijna do Decreto-Lei n.º 139/89, de 28 de Abril.

7. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro - cuja redacção foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro - estabelece o regime

jurídico das obras particulares e define, como princípio geral, a obrigatoriedade de licenciamento camarário de todas as obras de construção civil, designadamente a construção de novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações, e ainda os trabalhos que, não possuindo natureza exclusivamente agrícola, impliquem alteração da topografia local [cfr. art. 1º, n.º 1, alínea a)]. A enumeração é, já se vê, meramente exemplificativa. No entanto, a montagem de estrutura metálica nos termos descritos na reclamação que originou a presente instrução implica, inequivocamente, a alteração da topografia da área em que é edificada.

8. O exercício das competências de polícia administrativa por parte das câmaras municipais resultava já da disciplina do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, que dispõe que a execução de novas edificações "*não pode ser levada a efeito sem prévia licença das câmaras municipais, às quais incumbe também a* [sua] *fiscalização*" (cfr. art.s 1º e 2º).

9. De igual modo, o art. 51º, do citado Decreto-Lei n.º 445/91, atribui às câmaras municipais a incumbência de fiscalizar o cumprimento das disposições do regime legal urbanístico.

10. Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 54º deste diploma, a execução de obras de construção civil sem a respectiva licença de construção, ou em desconformidade com os seus termos, constitui contra-ordenação, punível com coima graduada de 100.000$00 até ao máximo de 20.000.000$00, no caso de pessoa singular, ou até 50.000.000$00, no caso de pessoa colectiva (cfr. n.º 2 do preceito em causa).

11. Assim, a verificação da execução de trabalhos de construção civil, designadamente a construção de novos edifícios e a reconstrução, a ampliação, a alteração e a reparação de edificações sem a respectiva licença de construção, ou em desconformidade com os seus termos, não pode deixar de conduzir, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 54º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, à instauração de processo contra-ordenacional.

12. A incumbência de fiscalização do cumprimento das disposições do regime jurídico das obras particulares conferida, no presente caso, à Câmara Municipal de Ponta Delgada, vem acompanhada, como já referi, da competência para o processamento das contra-ordenações respectivas. E a decisão de instaurar o competente procedimento contra-ordenacional constitui, perante a verificação dos necessários pressupostos, poder vinculado da câmara municipal uma vez que a limitação da discricionariedade não se esgota na tutela do interesse público a

prosseguir, antes de estendendo a todos os demais princípios a que a acção administrativa se encontra vinculada (princípios da legalidade, da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos e da eficiência).

13. Assim, da conjugação das disposições dos art.s 51º e 54º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e do art. 2º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, resulta que o processamento de contra-ordenação assume, na situação em apreço, carácter vinculado.

14. Na verdade, sendo a Câmara Municipal de Ponta Delgada competente para o processamento da respectiva contra-ordenação, e tendo comprovado a violação do disposto no art. 1º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e, acrescidamente, do disposto nos art.s 112º, 113º e 114º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, não pode deixar de ser instaurado aquele procedimento.

15. Não obstante, nos termos do disposto no art. 167º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, pode ser requerida a legalização dos trabalhos realizados em desrespeito pelas pertinentes disposições urbanísticas. No entanto, a legalização destes trabalhos de construção civil apenas poderá ocorrer caso se "*reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade*" (cfr. art. 167º, n.º 1, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

16. A legalização das obras realizadas sem licença é o único meio de evitar a demolição dos trabalhos ilicitamente erigidos (cfr. corpo do mencionado art. 167º) mas somente se se verificar a susceptibilidade dos trabalhos realizados virem a conformar-se com as disposições relativas a urbanização, estética, segurança e salubridade. Caso não possa ser evitada, nos termos do disposto na mencionada disposição, por não estarem reunidas as condições urbanísticas, de estética, de segurança ou de salubridade para a legalização, a consequência será, obrigatoriamente, a demolição dos trabalhos realizados sem a necessária licença camarária, ao abrigo do disposto no art. 165º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

Conclusões

17. De tudo quanto ficou exposto resulta que a obra de montagem de uma estrutura metálica (ponte rolante) na Rua das Laranjeiras, em Ponta Delgada, está sujeita a licenciamento camarário, nos termos do disposto no art. 1º, n.º 1, alínea a),

do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro.

18. Por outro lado, caso tenha sido verificada a execução daqueles trabalhos de construção civil sem o necessário licenciamento, deve a Câmara Municipal de Ponta Delgada instaurar, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 54º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, procedimento contra-ordenacional.

19. Ainda assim, a obra em causa é susceptível de legalização, se se verificar a susceptibilidade dos trabalhos realizados virem a conformar-se com as disposições relativas a urbanização, estética, segurança e salubridade (cfr. art. 167º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

20. Caso não possa ser evitada, por não estarem reunidas as condições urbanísticas, de estética, de segurança ou de salubridade para a legalização, a Câmara Municipal de Ponta Delgada deverá promover a demolição dos trabalhos realizados sem a necessária licença camarária, ao abrigo do disposto no art. 165º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

II
Conclusões

21. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a Câmara Municipal de Ponta Delgada reaprecie o processo relativo à obra de montagem de uma estrutura metálica (ponte rolante) na Rua das Laranjeiras, em Ponta Delgada, e exerça as suas competências de polícia administrativa (nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro e no Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951);

B. Que a Câmara Municipal de Ponta Delgada, caso verifique a execução de trabalhos sem o necessário licenciamento ou em desrespeito pelos seus termos, instaure procedimento contra-ordenacional, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 54º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro;

C. Que a Câmara Municipal de Ponta Delgada promova a demolição da obra erigida sem a necessária licença camarária ou em desconformidade com os seus termos, ao abrigo do disposto no art. 165º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, caso não se verifique a susceptibilidade dos trabalhos realizados virem a conformar-se com as disposições relativas a urbanização, estética, segurança e salubridade, nos termos

do disposto no art. 167º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951.

Recomendação sem resposta

À
Exma. Senhora
Directora Regional de Saúde

R-300/97
Rec. n.º 51/A/98
1998.08.12

I
Exposição de Motivos

A Reclamação

1. Em 20/01/97, foi aberto processo neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa ao indeferimento do pedido de pagamento das deslocações à Maternidade Dr. Alfredo da Costa, em Lisboa, da senhora D. M... .

2. Nos termos da queixa, a interessada consultou anualmente, durante cerca de doze anos, um médico em hospital fora da Região Autónoma dos Açores. Estas deslocações, propostas pelo Centro de Saúde de Velas, foram sendo autorizadas.

3. Em 29/06/94, a senhora D. M... foi submetida a intervenção cirúrgica.

4. Não obstante pretender que a necessária vigilância oncológica (de regularidade semestral) fosse realizada pelo especialista que vinha assegurando o tratamento, as solicitações nesse sentido foram indeferidas.

5. A coberto do ofício n.º 226, de 06/06/97, foram solicitadas informações sobre ao Gabinete de Sua Excelência o Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais. A resposta, prestada através do ofício n.º 97313.88, de 22/07/98, da Direcção Regional de Saúde, esclarece que

> "(...) de acordo com a informação entretanto recebida do Conselho de Administração do Hospital de Angra do Heroísmo, a decisão tomada relativamente ao processo de deslocação ao Continente da M... se fundamentou no facto da doente poder ser enviada a uma consulta de Ginecologia daquele estabelecimento hospitalar.
>
> Tal decisão cumpre o estipulado na legislação sobre a matéria e enquadra-se

no espírito da orientação perfilhada por esta Direcção Regional, designadamente fazendo intervir exaustivamente os recursos humanos e técnicos regionais, se competentes para o efeito, antes de procurar resposta noutros sistemas de saúde exteriores, rentabilizando deste modo recursos e investimentos e racionalizando custos".

6. Como se verá, este entendimento - na parte em que afirma estar a ser cumprida a legislação sobre a matéria - não é correcto. Com efeito, e como também irei demonstrar, a decisão de não autorizar a deslocação da senhora D. M... para unidade de saúde fora da Região Autónoma dos Açores viola a disciplina contida na circular normativa n.º 13, de 29/11/96, da própria Direcção Regional de Saúde.

7. A coberto do ofício n.º 330, de 20/03/98, foram solicitados a V.Exa. esclarecimentos sobre a compatibilização do procedimento de acompanhamento dos doentes com a disciplina constante do n.º 2 da Resolução da Assembleia Legislativa Regional n.º 11/96/A, de 23 de Julho, bem como sobre a continuação em vigor da circular normativa n.º 22, de 27 de Novembro de 1995.

8. Em resposta (cfr. ofício n.º 98313.67, de 14/04/98) foi remetida a este Órgão do Estado Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) cópia da Informação n.º 98313.34I, de 01/04/98, e do parecer dado sobre esta, em 08/04/98. Em síntese, a informação - após diversas considerações sobre a disciplina contida nas circulares normativas n.º 22, de 17/11/95 e n.º 13, de 29/11/96 - ponderou que "*(...) do ponto de vista do direito que está constituído e que rege estas situações a utente "administrativamente", tem direito a continuar a ser seguida pelo seu médico assistente em Lisboa uma vez que à data da publicação da Portaria n.º 68/94, de 2 de Dezembro se encontrava já referenciada a um determinado serviço de saúde do Continente*".

O Direito

9. O "Regulamento de deslocação de doentes na Região Autónoma dos Açores, para o Continete e para o Estrangeiro" foi aprovado em anexo à Portaria n.º 68/94, de 2 de Dezembro. Nos termos das suas disposições, quando se verifique a inexistência de meios técnicos ou humanos adequados à assistência médica necessária, pode verificar-se a deslocação de doentes na Região Autónoma dos Açores, para o continente ou para o estrangeiro, a coberto do Sistema Regional de Saúde.

10. Não obstante, apenas são permitidas deslocações à clínica privada não convencionada quando se verifique ausência dos recursos técnicos necessários na rede

de serviços pública e convencionada (*vide* art. 1º, n.º 6, do anexo à Portaria n.º 68/94, de 2 de Dezembro).

11. A Assembleia Legislativa Regional dos Açores aprovou, em 22/05/96, uma Resolução que veio a ser publicada sob o número 11/96/A, em 23/07/96, que resolve que o Governo Regional continue a fazer cumprir o regime previsto na Portaria n.º 68/94, de 2 de Dezembro, bem como na circular normativa n.º 22, de 27 de Novembro de 1995. A Resolução dispõe, no ponto 2: "*que os doentes com tratamentos em curso, aquando da entrada em vigor do novo regulamento da deslocação de doentes, quer na Região, quer no continente, possam continuar os seus tratamentos nas unidades de saúde que lhes vinham prestando a referida a assistência*".

12. Por seu turno, a circular normativa n.º 13, de 29 de Novembro de 1996, da Direcção Regional de Saúde, manda cumprir o estabelecido na Resolução da Assembleia Legislativa Regional n.º 11/96/A, a qual - importa recordar - estabelece "*que os doentes com tratamentos em curso, aquando da entrada em vigor do novo regulamento da deslocação de doentes, quer na Região, quer no continente, possam continuar os seus tratamentos nas unidades de saúde que lhes vinham prestando a referida a assistência*".

13. Não é controvertido que a senhora D. M... vinha sendo seguida desde há cerca de doze anos em hospital fora da Região Autónoma dos Açores e que - apesar ter sido submetida a intervenção cirúrgica em 29/06/94 - subsiste a necessidade de acompanhamento médico.

14. Tanto basta para dar como preenchido o pressuposto da circular normativa n.º 13, de 29 de Novembro de 1996, e pretender que a necessária vigilância oncológica (de regularidade semestral) seja realizada pelo especialista que vinha assegurando o tratamento antes da data da publicação da Portaria n.º 68/94, de 2 de Dezembro.

15. Face a esta conclusão, não se alcança, nem a utilização da expressão *a utente "administrativamente" tem direito*, nem o sentido do parecer dado na Informação n.º 98313.34I, do senhor Director de Serviços de Saúde Pública. Com efeito, o que importava apurar era, tão somente, se o Sistema Regional de Saúde deveria custear as deslocações da senhora D. M... à Maternidade Dr. Alfredo da Costa, em Lisboa. A resposta (sem dúvida afirmativa) deveria ter levado a que a Administração Regional imediatamente diligenciasse nesse sentido.

16. Por outro lado, apesar da afirmação "Confirmo e Concordo com o teor desta

Informação", o senhor Director de Serviços de Saúde Pública prosseguiu numa linha argumentativa contrária aos seus; e concluiu do modo que segue:

"1.A Junta Médica competente nunca indeferiu a deslocação a Lisboa da utente mencionada;

2. Pugnou, correctamente, pela rentabilização dos recursos humanos e técnicos do(s) Hospital(ais) da Região;

3. A utente não compareceu às consultas programadas, não podendo concluir-se que o comparecer às mesmas fosse considerar como indeferida a autorização de deslocação;

4. Poder-se-à, sim, concluir, que a utente voluntariamente, abdicou da acessibilidade aos recursos disponíveis e programados na rede oficial (pública) de prestação de cuidados, e optou livremente por recorrer à prestação de cuidados em clínica privada, fora da Região".

17. Na verdade, está em causa um parecer dado em sentido contrário à informação que o deveria sustentar. E atendendo a que aquele parecer começa por afirmar "Confirmo e Concordo com o teor desta Informação" está-se perante motivação contraditória: a conclusão não se conjuga, de modo lógico, com os motivos para ela invocados.

18. Mas o que o mencionado parecer põe relevantemente em causa é, primeiramente, a própria disciplina da circular normativa n.º 13, de 29 de Novembro de 1996, da Direcção Regional de Saúde. O que equivale a dizer que o senhor Director de Serviços de Saúde Pública, não concordando com a orientação propugnada na circular normativa, defende que se deve rentabilizar dos recursos dos hospitais da Região Autónoma dos Açores

19. As considerações do senhor Director de Serviços de Saúde Pública não são razões suficientes para justificar o indeferimento do pedido de deslocação a Lisboa. Porque, note-se, o que aqui está em causa é um efectivo indeferimento. Obviamente que a senhora D. M... - ou qualquer outro interessado - pode *voluntariamente* (na expressão do parecer citado) deslocar-se a uma unidade de saúde fora da Região Autónoma dos Açores. O que individualiza a situação da senhora D. M... é beneficiar do direito de deslocação para o continente, a coberto do Sistema Regional de Saúde, para prosseguimento do tratamento em curso. A questão que aqui nos ocupa é - repito -, tão somente, a do pagamento das despesas que essa deslocação implica; e é a sua omissão que constituiu, na prática, um indeferimento.

20. Face ao exposto, é incontroverso que se torna desnecessária - senão desproporcionada - a intervenção da Junta Médica no presente processo. Com efeito,

não há lugar a qualquer apreciação discricionária sobre o mérito da deslocação. Apenas deve ser averiguado - e, para tal, não parece ser imprescindível a participação de junta médica - o decurso de tratamento médico fora da Região Autónoma dos Açores à data da publicação da Portaria n.º 68/94, de 2 de Dezembro.

21. Da ponderação de todos estes elementos - e sem necessidade de outros desenvolvimentos dada a linearidade dos termos da circular normativa n.º 13, de 29 de Novembro de 1996 - não pode deixar de emergir um juízo de procedência do pedido da senhora D. M...: o Sistema Regional de Saúde deve suportar as despesas realizadas com o prosseguimento dos tratamentos realizados fora da Região Autónoma dos Açores.

22. Clarificada a questão principal, impõe-se agora salientar que a posição sustentada pelo senhor Director de Serviços de Saúde Pública não obtém vencimento através da marcação de consultas ou da sujeição dos utentes a juntas médicas. A solução, no caso de se pretender lançar mão daquela tese, está na alteração (ou revogação) da circular normativa n.º 13, de 29 de Novembro de 1996.

23. O que não pode deixar de se estranhar é que uma disposição normativa proveniente da Direcção Regional de Saúde não tenha aplicação pelos seus próprios serviços, não porque o seu conteúdo seja inintelegível, mas porque os respectivos agentes não concordam com o seu teor.

II
Conclusões

24. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A) Que reconheça o direito da senhora D. M... de deslocação para o continente, a coberto do Sistema Regional de Saúde, para prosseguimento do tratamento em curso;

B) Que dê imediato conhecimento à interessada da possibilidade de deslocação, bem como dos procedimentos que deve assegurar para beneficiar daquele direito de deslocação;

C) Que custeie as despesas já realizadas.

Recomendação acatada

À
Exma. Senhora
Directora Regional do Ambiente

R-2184/98
Rec. n.º 55/A/98
1998.09.01

I
Exposição de Motivos

1. Em 14/05/98, foi aberto processo na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores em virtude de reclamação dirigida ao provedor de justiça relativa à incomodidade sonora provocada pelo funcionamento da Sociedade Filarmónica "União Faialense", sita na Rua Capelo Ivens, na cidade da Horta.

2. Através de diversos documentos que acompanhavam o texto da queixa a Provedoria de Justiça tomou conhecimento de que, em 26/11/95, a Direcção Regional do Ambiente promoveu a realização de exames de medição dos níveis sonoros para avaliar do cumprimento da disciplina contida no Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho. Os referidos testes comprovaram a existência de uma situação de violação ao Regulamento Geral sobre o Ruído, uma vez que o nível sonoro verificado [13,9 dB (A)] era superior ao limite máximo legalmente admitido.

3. Em ordem ao cabal apuramento dos factos relevantes para a instrução do processo, foram - em 20/05/98 e a coberto do ofício n.º 550 - solicitadas à Câmara Municipal da Horta esclarecimentos sobre:

- A utilização licenciada para o edifício onde está instalada a Sociedade Filarmónica "União Faialense";
- A actividade ali desenvolvida;
- A salvaguarda, no respectivo processo de licenciamento, do aspecto da incomodidade sonora provocada para o exterior do edifício (designadamente imposição da realização de obras de insonorização).

4. Na mesma data (cfr. ofício n.º 556), foram solicitadas informações à Direcção Regional do Ambiente sobre:

- A instauração do competente procedimento contraordenacional em virtude da medição realizada em 26/11/95;
- A data da decisão final, e o seu conteúdo.

5. Através do ofício n.º 2840, de 06/07/98, V.Exa. prestou os seguintes esclarecimentos:

"(...) as reclamações apresentadas devido ao ruído produzido pela Sociedade Filarmónica "União Faialense", incidiam sobre o ruído produzido pela realização de Bailes nas instalações da Sociedade.

Nesse sentido e, após contactos com o reclamante, foi realizada uma determinação de níveis sonoros, para avaliar da existência de situação de incomodidade resultante da realização dessas actividades.

Na determinação dos níveis sonoros efectuada a 26 de Novembro de 1995, verificou-se que era excedido o diferencial de 10dB(A) estipulado no n.º 1, do artigo 20º, do Regulamento Geral Sobre o Ruído.

Considerando que as referidas actividades não se encontravam licenciadas, foi decidido informar as entidades responsáveis pelo licenciamento que as mesmas eram susceptíveis de causar incomodidade e que não deveriam ser concedidas licenças para a sua realização.

Foram igualmente informadas as autoridades policiais para este facto.

Não foi instaurado qualquer procedimento contra-ordenacional".

O Regulamento Geral sobre o Ruído

6. O Regulamento Geral sobre o Ruído (abreviadamente R.G.R.) - aprovado pelo Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho e posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 292/89, de 2 de Setembro - elenca as categorias de actividades a que se aplica o seu regime jurídico. Assim, nos termos do disposto no art. 2º, a construção de edifícios; a laboração de indústrias, comércio e serviços; o tráfego - rodoviário, ferroviário e aéreo e a sinalização sonora, são as actividades compreendidas no âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho [cfr. alíneas a) a f), do art. 2º, do R.G.R.].

7. Não obstante esta enumeração, o disposto na alínea g) do mesmo artigo vem submeter à disciplina do R.G.R. todas as "*actividades geradoras de ruído (...) que possam causar incomodidade*".

8. O art. 20º, integrado no capítulo relativo às actividades ruidosas, definia os requisitos a que deveria obedecer o licenciamento dos locais destinados a espectáculos, diversões e outras actividades ruidosas.

9. O limite sonoro máximo permitido era de 10 dB (A), uma vez que, nos termos da alínea a) deste art. 20º, a diferença entre o valor do nível sonoro contínuo equivalente, corrigido do ruído proveniente dos locais em questão, e o valor do nível sonoro do ruído de fundo, que é excedido, num período de referência, em 95% da

duração deste (L_{95}), deve ser inferior ou igual aquele valor.

10. O Decreto-Lei n.º 292/89, de 2 de Setembro, veio alterar a redacção, entre outros, dos art.s 20º e 21º, deixando inalterado o limite de 10 dB (A).

11. Não obstante, a nova redacção do n.º 2 do art. 20º introduziu uma presunção *juris tantum*, nos termos da qual a licença ou a imposição de condicionalismos para a realização de espectáculos, diversões ou quaisquer actividades ruidosas presume-se concedida sob condição de respeito por aquele limite.

12. O art. 21º, dispondo, como na anterior redacção, sobre espectáculos e actividades que não carecem de prévio licenciamento, alargou, no entanto, a natureza dos seus condicionamentos. Nestes termos, só deve ser autorizada a realização de espectáculos e actividades nas proximidades de edifícios de habitação, escolares, hospitalares ou similares e de estabelecimentos hoteleiros e meios complementares de alojamento, quando:

a) Seja respeitado o limite sonoro máximo de 10 dB (A);

b) Ocorra a sua suspensão

- entre as 22,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, de Domingo a quinta-feira;
- entre as 24,00 e as 8,00 horas do dia seguinte, à sexta-feira, ao sábado e nas vésperas de dias feriados.

13. O n.º 3 do art. 20º - a que correspondia o anterior n.º 2 - determina que incumbe às entidades competentes para o licenciamento ou autorização, ouvidas as entidades fiscalizadoras, a imposição, expressamente e a título excepcional, dos condicionamentos tendentes ao cumprimento das imposições do Regulamento Geral sobre o Ruído.

14. O art. 33º do Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho, dispõe sobre a competência para fiscalizar o cumprimento das disposições do R.G.R.. Primeiramente, a atribuição foi feita às autoridades policiais e às entidades com superintendência técnica em cada sector; após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 292/89, para além destas entidades, a competência foi estendida ao director regional do ambiente da comissão de coordenação regional respectiva (na Região Autónoma dos Açores a competência é da Direcção Regional do Ambiente).

15. Os poderes de fiscalização incluem, nos termos do disposto no n.º 2 do art. 33º, a realização de vistorias e ensaios julgados pertinentes.

16. O n.º 3 do art. 21º - totalmente inovador em relação à redacção inicial do Decreto-Lei n.º 251/87 - impõe a suspensão imediata, pela intervenção da autoridade policial, oficiosamente ou a pedido de qualquer interessado, dos espectáculos ou das

actividades que produzam ruído a níveis superiores a 10 dB (A), ou dos que se realizem entre as 22,00 e as 8,00 horas, nos Domingos, terças-feiras, quartas-feiras e quintas-feiras, ou entre as 24,00 e as 8,00 horas, às sextas-feiras, sábados e vésperas dos dias feriados.

17. Por outro lado, constituem contra-ordenações, nos termos do disposto no art. 36º, as infracções ao preceituado, entre outros, no n.º 4 do art. 20º (violação das condições de licenciamento) e n.ºs 1 e 2 do art. 21º [realização de espectáculos ou actividades produzindo ruído a níveis superiores a 10 dB (A), depois das 22,00 horas, nos domingos, terças-feiras, quartas-feiras e quintas-feiras, ou depois das 24,00 horas, às sextas-feiras, sábados e vésperas dos dias feriados].

18. O processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas competem às entidades com superintendência técnica em cada sector (determinada em razão da matéria), ao director regional do ambiente e às autoridades sanitárias concelhias ou distritais (cfr. art. 37º).

A Instauração de Procedimento Contraordenacional

19. Como já referi, nos termos do disposto no art. 33º, do Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho (na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 292/89, de 2 de Setembro), a fiscalização do cumprimento das disposições do R.G.R. incumbe, também, à Direcção Regional do Ambiente. Por outro lado, dispõe o art. 37º, do R.G.R., que o processamento das contra-ordenações e a aplicação das coimas competem, igualmente, à Direcção Regional do Ambiente.

20. Em 26/11/95, a Direcção Regional do Ambiente promoveu a realização de exames de medição dos níveis sonoros que comprovaram a existência de uma situação de violação ao Regulamento Geral sobre o Ruído, uma vez que o nível sonoro verificado era de 13,9 dB (A). Face a esta verificação, dever-se-ia ter instaurado processo de contra-ordenação.

21. Ao não ter determinado a instauração de procedimento contra-ordenacional, a Direcção Regional do Ambiente recusa o exercício da sua competência própria de fiscalização do Regulamento Geral sobre o Ruído.

22. Nos termos do disposto no art. 29º, do Código do Procedimento Administrativo, a competência é irrenunciável e inalienável, sendo nulo todo o acto que tenha por objecto a renúncia ao exercício da competência legalmente conferida.

II
Conclusões

23. Termos em que, pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que a Direcção Regional do Ambiente:

A. Promova, com carácter de urgência, a realização de exames de medição dos níveis sonoros para avaliar do cumprimento, pela Sociedade Filarmónica "União Faialense", sita na Rua Capelo Ivens, na cidade da Horta, da disciplina contida no Decreto-Lei n.º 251/87, de 24 de Junho;

B. Que, caso verifique uma situação de violação ao Regulamento Geral sobre o Ruído (designadamente em virtude do nível sonoro apurado ser superior ao limite máximo legalmente admitido), instaure procedimento contraordenacional e exerça as demais competências previstas na lei.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais

R-1413/98
Rec. n.º 56/A/98
1998.09.01

I
Exposição de Motivos

A Reclamação

1. Em 20/03/98, foi aberto processo neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) em virtude de reclamação relativa ao indeferimento do pedido de atribuição do Estatuto do Trabalhador-Estudante ao senhor Dr. M..., Director de Serviços de Administração da Direcção Regional de Saúde.

2. Com efeito, o senhor Dr. M... requereu, em 13/11/97, que a senhora Directora Regional de Saúde lhe concedesse o Estatuto de Trabalhador-Estudante *"(...) em especial no que se refere ao art. 3º (Horário de trabalho) e ao art. 5º (Prestação de*

provas de avaliação)".

3. Em 17/02/98, o interessado dirigiu nova comunicação à Direcção Regional da Saúde sustentando que "(...) de acordo com o artigo 108º do Decreto-Lei n.º 442/91 de 15 de Novembro, terá sido já obtido o deferimento tácito do pedido do estatuto de trabalhador estudante (...) por terem decorrido os 90 dias previstos no diploma anteriormente referido sem ter sido comunicada a decisão".

4. A coberto do ofício n.º 321-55, de 19/01/98, a senhora Directora Regional de Saúde solicitou à senhora Directora Regional de Educação a emissão de parecer nos seguintes termos:

> "Considerando que nos termos do n.º 1 do artigo 2º da Lei n.º 116/97, de 4 de Novembro, a atribuição do estatuto de trabalhador-estudante, depende da frequência de "... qualquer nível do ensino oficial ou equivalente ...", questiona-se se os cursos, "Guitarra Clássica", "Coro" e "Formação Musical" ministrados pelo Conservatório Regional de Angra do Heroísmo, correspondem a um nível de ensino oficial, tanto mais que o trabalhador em causa, funcionário público, é já detentor de uma licenciatura"".

5. A resposta transmitida pela Direcção Regional de Educação à Direcção Regional de Saúde (cfr. ofício n.º 5365, de 10/03/98) dizia o seguinte:

> "Sobre o assunto em epígrafe e na sequência do vosso ofício n.º 321-55/98, de 19 de Janeiro e de informações recolhidas junto do Conservatório Regional de Angra do Heroísmo sobre o curso frequentado, informa-se V.Exa., que um indivíduo licenciado só poderá usufruir das regalias conferidas pela Lei n.º 116/97, de 4 de Novembro, quando frequente curso do qual resulte melhoria na sua formação profissional".

6. A decisão final foi comunicada ao interessado a coberto do ofício n.º 98212-096, de 12/03/98, da Repartição dos Serviços Administrativos da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, que é do seguinte teor:

> "Relativamente ao assunto em epígrafe, cumpre-me informar V.Exa. de que por Despacho de Sua Excelência o Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais, de 11 de Março de 1998, foi indeferida a vossa pretensão de beneficiar do Estatuto de Trabalhador Estudante".

Questão Prévia

7. Antes ainda de começar a apreciação da matéria que constitui a reclamação

no presente processo, importa, uma vez mais (cfr. Recomendação n.º 9/A/98 remetida em 09/03/98 à senhora Directora Regional de Educação), chamar a atenção para a necessidade da Administração Regional garantir a fundamentação dos actos administrativos que pratica.

8. Com efeito, nos termos do disposto no art. 122º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro (que aprovou o Código do Procedimento Administrativo), os actos administrativos devem, em regra, ser praticados por escrito. E, decidindo em contrário à pretensão de um interessado, a decisão administrativa carece, nos termos do disposto na alínea c) do n.º 1 do art. 124º, do Código do Procedimento Administrativo, de fundamentação.

9. Ao concretizar os requisitos da fundamentação do acto administrativo, o art. 125º, ainda do Decreto-Lei n.º 442/91, esclarece que esta "*deve ser expressa, através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão*" (cfr. n.º 1, 1º parte).

10. Afigura-se-me insuficiente a declaração, contida no supra citado ofício da senhora Chefe de Repartição dos Serviços Administrativos da Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais, nos termos da qual "*(...) por Despacho de Sua Excelência o Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais, de 11 de Março de 1998, foi indeferida a vossa pretensão de beneficiar do Estatuto de Trabalhador Estudante*".

11. Situações há em que a fundamentação é obscura, contraditória ou insuficiente; no caso em apreço ela é, pura e simplesmente, inexistente.

12. E isto quando se impunha que Secretaria Regional da Educação e Assuntos Sociais transmitisse ao interessado elementos que permitissem "*conhecer o itinerário cognoscitivo e valorativo*" (*vide* Ac. S.T.A., de 06/02/90, Acórdãos Doutrinais, 351, pág. 339) de Vossa Excelência, "*(...) através de sucinta exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão*" (cfr. supra citado art. 125º, n.º 1, 1ª parte). Como tive já oportunidade de referir no âmbito da instrução de outros processos abertos na Provedoria de Justiça, esperar-se-ia que o interessado tivesse recebido comunicação em que se fizesse referência:

a) ao quadro legal aplicável;

b) à pretensão do interessado;

c) à decisão do pedido;

d) ao procedimento intelectual que, partindo dos factos e atendendo ao direito, chegara a esta conclusão.

13. Era essencial conhecer como se chegara à conclusão que "(...) um indivíduo licenciado só poderá usufruir das regalias conferidas pela Lei n.º 116/97, de 4 de

Novembro, quando frequente curso do qual resulte melhoria na sua formação profissional" (cfr. ofício n.º 5365, de 10/03/98, da Direcção Regional de Educação). E especialmente determinante era saber, no caso concreto, em que consistia melhorar a formação profissional do interessado. E isto porque, como referido no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 04/03/87, "os actos administrativos devem apresentar-se formalmente como disposições conclusivas lógicas de permissas correctamente desenvolvidas e permitir, através da exposição sucinta dos factos e das regras jurídicas em que se fundam, que os seus destinatários concretos, pressupostos cidadãos diligentes e cumpridores da lei, façam a reconstituição do itinerário cognoscitivo e valorativo percorrido pela entidade decidente" (cfr. Acórdãos Doutrinais, 319, pág. 849).

14. Mais uma vez, importa ter presente que, nos casos em que é obrigatória, a falta de fundamentação gera vício de forma que invalida o respectivo acto administrativo. A falta de fundamentação do acto indeferimento do pedido de concessão do Estatuto do Trabalhador-Estudante, torna-o anulável (*vide* arts. 133º, *a contrario*, e 135º, do Código do Procedimento Administrativo). Nos termos do disposto no art. 28º, da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos (*ex vi* art. 141º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo), o acto em causa é susceptível de revogação uma vez que, não tendo sido interposto recurso contencioso (este facto não é referido na reclamação nem, tão pouco, na resposta da entidade visada), aquela pode ocorrer até ao termo do prazo que a lei confere ao Ministério Público para o interpor (um ano, a contar da data da prática do acto ou da sua publicação, quando for obrigatória).

O Estatuto do Trabalhador-Estudante

15. A Lei n.º 116/97, de 4 de Novembro, contém o regime jurídico do trabalhador-estudante (cfr. art. 1º), tendo revogado a Lei n.º 26/81, de 21 de Agosto (cfr. art. 13º, n.º 2). Não obstante, a sua disciplina não esgota o Estatuto do Trabalhador-Estudante uma vez que, nos termos do art. 1º, subsistem os "*(...) direitos e regalias consignadas em legislação ou regulamentação de trabalho mais favorável*".

16. Atendendo à matéria reclamada que deu origem à presente instrução, importa transcrever integralmente o preceito que define o âmbito de aplicação do Estatuto do Trabalhador-Estudante:

"Artigo 2º
Âmbito de Aplicação

1- Para efeitos de aplicação do presente diploma, considera-se trabalhador-estudante todo o trabalhador por conta de outrem, independentemente do vínculo laboral, ao serviço de uma entidade pública ou privada e que frequente qualquer nível do ensino oficial ou equivalente, incluindo cursos de pós-graduação, realização de mostrados ou doutoramentos, em instituição pública, particular ou cooperativa.

2- Ficam ainda abrangidos pelas disposições constantes da presente lei, com excepção dos artigos 3º, 4º, 6º e 10º, n.º 1, os estudantes que se encontrem numa das seguintes situações:

a) Sejam trabalhadores por conta própria;

b) Frequentem cursos de formação profissional ou programas de ocupação temporária de jovens, desde que com duração igual ou superior a seis meses.

3- Não perdem o estatuto de trabalhador-estudante aqueles que, estando por ele abrangidos, sejam entretanto colocados na situação de desemprego involuntário."

17. Esquematicamente, dir-se-á que são basicamente três os requisitos positivos da atribuição do Estatuto do Trabalhador-Estudante:

1º. Ser trabalhador por conta de outrem;

2º. Encontrar-se ao serviço de entidade pública ou privada;

3º. Frequentar qualquer nível do ensino oficial ou equivalente.

18. O legislador, não obstante, cuidou de esclarecer eventuais dúvidas interpretativas na aplicação do diploma acrescentando que:

- Os cursos de pós-graduação, realização de mestrados ou doutoramentos incluem-se na designação "qualquer nível do ensino oficial ou equivalente";
- Do mesmo passo, o "ensino oficial ou equivalente" não exclui as instituições particulares ou cooperativas nem, como é óbvio, as instituições públicas;
- A aplicação do regime do trabalhador-estudante estende-se aos trabalhadores por conta própria e aos estudantes que frequentem cursos de formação profissional ou programas de ocupação temporária de jovens com duração igual ou superior a seis meses, não se lhes aplicando nestas situações as disposições relativas ao regime de turnos (art. 4º), a férias e licenças (art. 6º) e à cessação das regalias em virtude da falta de aproveitamento escolar, nos termos do art. 10º, n.º 1.

19. Dissipando-se futuras interrogações, afirma-se, ainda, que a passagem para uma situação de desemprego involuntário não acarreta a perda do estatuto (art.

2º, n.º 3): o trabalhador estudante pode, pois, não ser sequer trabalhador.

20. Nos termos do art. 9º, o trabalhador-estudante, em ordem a poder beneficiar das regalias inerentes ao estatuto, deve:

- Fazer prova - perante a entidade empregadora - da sua condição de estudante, apresentar o respectivo horário escolar e comprovar o aproveitamento no final de cada ano escolar [alínea a)];
- Comprovar - junto ao estabelecimento de ensino - a sua qualidade de trabalhador ou de se encontrar numa das situações previstas no art. 2º, n.º 2 [alínea b)].

21. O art. 10º refere-se à cessação dos direitos conferidos pelo Estatuto do Trabalhador-Estudante:

- quando o trabalhador-estudante não conclua com aproveitamento o ano escolar ao abrigo de cuja frequência beneficiara dessas mesmas regalias, perde o benefício do horário de trabalho específico (art. 3º) e da marcação de férias e do gozo de licença com desconto de vencimento (art. 6º);
- quando o trabalhador-estudante não tenha aproveitamento em dois anos consecutivos ou três interpolados são-lhe inaplicáveis as demais regalias do regime jurídico previsto na Lei n.º 116/97, de 4 de Novembro.

22. O n.º 3 do art. 10º define aproveitamento escolar como o trânsito de ano ou a aprovação em pelo menos metade das disciplinas em que o trabalhador-estudante estiver matriculado (arredondando-se por defeito este número quando necessário), considerando-se falta de aproveitamento a desistência voluntária de qualquer disciplina, excepto se justificada por facto que não seja imputável ao próprio (*v.g.* doença prolongada, acidente, gravidez ou cumprimento de obrigações legais). Não obstante, o n.º 4 adianta que no ano subsequente àquele em que tiver perdido as regalias, o trabalhador-estudante pode de novo requerer a aplicação deste estatuto.

23. A análise do restante normativo do diploma não é determinante na economia do presente processo. Dir-se-á, somente e em linhas gerais, que o Estatuto do Trabalhador-Estudante consagra especialidades relativamente ao horário de trabalho (art. 3º) [43], ao regime de turnos (art. 4º)[44], à prestação de provas de avaliação

[43] A aplicação, no horário de trabalho, do Estatuto do Trabalhador-Estudante redunda no seguinte:
(1) Devem ser elaborados horários de trabalho específicos para os trabalhadores-estudantes, possibilitando a frequência das aulas e a deslocação para os respectivos estabelecimentos de ensino; (2) no caso de não ser possível a existência daqueles horários diferenciados, o trabalhador-estudante deve ser dispensado até ao máximo de seis horas semanais, sem perda de retribuição ou de qualquer outra regalia; (3) deve ser

(art. 5º) [45] e ao gozo de férias e licenças (art. 6º) [46]. Por outro lado, o art. 7º regula os efeitos profissionais da valorização escolar. Nos termos deste preceito, não existe a obrigatoriedade de proceder à reclassificação profissional do trabalhador-estudante por efeito da sua valorização; não obstante, define-se uma obrigação genérica (e quase programática) de promoção profissional adequada à valorização obtida. O art. 8º dispõe sobre isenções e regalias dos trabalhadores-estudantes (a epígrafe do artigo é, certamente por lapso, "isenções e regalias dos estabelecimentos de ensino"). Diz respeito, no essencial, a imposições ao estabelecimentos de ensino uma vez que (1) os

promovida a conciliação entre os direitos dos trabalhadores-estudantes e o normal funcionamento das empresas ou serviços, através de acordo entre a entidade empregadora, os trabalhadores interessados e as suas estruturas representativas; (4) não sendo possível a obtenção de acordo, aplicar-se-á supletivamente o regime previsto nos nºs 2 e 5; (5) a dispensa de serviço para frequência de aulas poderá ser utilizada de uma só vez ou fraccionadamente; (6) a dispensa de serviço está dependente da duração do trabalho semanal, nos seguintes termos:

Duração de trabalho entre 20 e 29 h. - dispensa até 3 h.
Duração de trabalho entre 30 e 33 h. - dispensa até 4 h.
Duração de trabalho entre 34 e 37 h. - dispensa até 5 h.
Duração de trabalho igual ou superior a 38 h. - dispensa até 6 h;

(7) o período normal de trabalho de um trabalhador-estudante não pode ser superior a 8 horas/ dia e a 40 horas/semana, no qual se inclui o trabalho suplementar, excepto se prestado por casos de força maior; (8) o trabalhador e a entidade patronal podem acordar na aplicação do regime de horário flexível previsto na lei geral, ficando o trabalhador com direito a 1 dia/mês de dispensa de trabalho.

Nos termos do art. 11º quando o número de pretensões formuladas por trabalhadores-estudantes comprometa, manifestamente, o funcionamento normal da entidade empregadora, deve obter-se acordo (entre os trabalhadores interessados, a hierarquia e a estrutura representativa dos trabalhadores) sobre o número e as condições em que serão deferidos as pretensões.

[44] Exceptuando a situação em que haja absoluta incompatibilidade (caso em que tem direito de preferência na ocupação de postos de trabalho compatíveis com a sua aptidão profissional e com a possibilidade de participar nas aulas), o trabalhador-estudante que preste serviço em regime de turnos tem os direitos relativos ao horário de trabalho.

[45] Para prestar provas de avaliação («todas as provas escrita e orais, incluindo exames, bem como a apresentação de trabalhos, quando estes as substituam») o trabalhador-estudante pode ausentar-se, sem perda de vencimento ou de qualquer outra regalia:

(1) Até 2 dias por cada prova de avaliação - 1 dia para realização da prova e 1 dia imediatamente anterior - (até ao máximo de 4 por disciplina);

(2) Se as provas forem em dias consecutivos, ou caso haja mais de uma prova no mesmo dia, o número de dias anteriores igual ao número de provas a efectuar (até ao máximo de 4 por disciplina).

(3) As faltas impostas pelas deslocações consideram-se justificadas; (4) por outro lado, as entidades empregadoras podem exigir prova da necessidade das referidas deslocações, bem como o horário das provas.

[46] No tocante ao regime de férias e licenças importa notar que, salvo existindo comprovada incompatibilidade com o plano de férias da entidade empregadora, ou resultante do encerramento para férias do estabelecimento ou do serviço, os trabalhadores-estudantes:

(1) têm direito a marcar as férias de acordo com as suas necessidades escolares

(2) têm direito ao gozo interpelado de 15 dias de férias à sua livre escolha

Por outro lado, (3) os trabalhadores-estudantes podem, em cada ano civil, utilizar, seguida ou interpoladamente, até 10 dia úteis de licença, com desconto no vencimento mas sem perda de qualquer outra regalia. Devem, no entanto, (4) requerê-la:

Com 48 horas de antecedência, se pretenderem 1 dia de licença
Com 8 dias de antecedência, se pretenderem 2 a 5 dias de licença
Com 1 mês de antecedência, se pretenderem mais de 5 dias de licença

trabalhadores-estudantes estão desobrigados da frequência de um número mínimo de disciplinas ou cadeiras de determinado curso, e são-lhes inaplicáveis regimes de prescrição; (2) o seu aproveitamento escolar não depende da frequência de um número mínimo de aulas por disciplina ou cadeira; (3) não estão sujeitos a normas que limitem o número de exames a realizar na época de recurso; (4) gozam de uma época especial de exames; (5) têm direito à existência de horário pós-laboral, nos estabelecimentos em que o número de trabalhadores-estudantes o justifique; e (6) têm direito a aulas de compensação consideradas pelos docentes como imprescindíveis.

24. É igualmente importante lembrar que o art. 12º submete à fiscalização da Inspecção-Geral do Trabalho o conhecimento das infracções ao Estatuto do Trabalhador-Estudante.

A Situação do Senhor Dr. M...

25. O interessado reúne os requisitos da atribuição do Estatuto de Trabalhador-Estudante: é trabalhador por conta de outrem, encontra-se ao serviço de entidade pública e frequenta um nível do ensino oficial.

26. Apenas é exigível ao senhor Dr. M..., nos termos do disposto no art. 9º, que, perante a entidade empregadora, faça prova da sua condição de estudante, apresente o horário escolar e comprove o aproveitamento no final de cada ano escolar; e que, junto ao estabelecimento de ensino, comprove a sua qualidade de trabalhador.

27. Inexiste, no Estatuto do Trabalhador-Estudante, qualquer limitação relativa a licenciados; também não se encontra naquele preceituado nenhuma referência a "melhoria na formação profissional"[47].

28. De tudo quanto já deixei dito podem-se proferir as seguintes afirmações conclusivas:

1º A fundamentação do acto administrativo de indeferimento é insuficiente, uma vez que, decidindo em contrário da pretensão formulado pelo senhor Dr. M..., não permite conhecer o itinerário cognoscitivo e valorativo que o motivou;

[47] O entendimento segundo o qual apenas é de considerar susceptível de beneficiar do Estatuto do Trabalhador-Estudante aquele que venha a melhorar a sua formação profissional impediria qualquer alteração qualitativa da formação escolar dos beneficiários. Um funcionário da construção civil não poderia, por exemplo, cursar medicina uma vez que, visto de um prisma meramente funcional, a sua formação profissional não seria melhorada, mas sim alterada.

2º Aquela fundamentação insuficiente equivale a falta de fundamentação, nos termos do disposto no art. 125º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo;

3º O acto de indeferimento posto em causa é um acto inválido, viciado de vício de forma, anulável nos termos do disposto nos art.s 135º e 136º, do Código do Procedimento Administrativo;

4º Por outro lado, o despacho de Vossa Excelência, porque proferido em desrespeito pelas normas jurídicas aplicáveis, é ilegal por violação de lei, nos termos do disposto no art. 135º, ainda do Código do Procedimento Administrativo;

5º Porque os actos praticados em violação de lei apenas são nulos quando se integrem na previsão das alíneas c), d), h) e i) do n.º 2 do art. 133º, sempre do Código do Procedimento Administrativo, o despacho de 11/03/98 é anulável.

II
Conclusões

29. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A Vossa Excelência, senhor Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais:

A. Que revogue o despacho, de 11 de Março de 1998, que indeferiu o pedido do senhor senhor Dr. M... de concessão do Estatuto do Trabalhador-Estudante;

B. Que pratique novo acto administrativo, concedendo ao interessado o Estatuto do Trabalhador-Estudante, nos termos legais.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Secretário Regional da Habitação e Equipamentos

R-3976/97
Rec. n.º 66/A/98
1998.11.04

I

Introdução

1. Foi dirigida ao provedor de justiça uma reclamação relativa ao valor do benefício atribuído ao senhor R... no âmbito do "Programa de Apoio à Habitação". Era referido no texto da queixa que o interessado deveria ter recebido o montante de 2.150.000$00 (correspondente à soma de 1.550.000$00, a suportar pela Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos, com 600.000$00, a pagar pela Secretaria da Juventude, já extinta) mas que apenas recebeu a quantia de 1.550.000$00.

2. Importando saber das razões que obstaram ao pagamento da totalidade da quantia a que o senhor R... se julgava com direito, foram expedidos os ofícios n.º 594, de 12/11/97; n.º 071, de 20/01/98; n.º 4165, de 05/03/98 e n.º 0446, de 24/04/98, dirigidos ao Gabinete de Vossa Excelência.

3. Face à absoluta ausência de resposta por parte do Gabinete de Vossa Excelência, foi enviado o ofício n.º 0492, de 28/04/98, ao Gabinete de Sua Excelência o Presidente do Governo Regional dos Açores, solicitando que fosse diligenciada a prestação das informações em falta.

4. Quase cinco meses após a solicitação inicial foram prestadas os esclarecimentos constantes do ofício n.º 5550, de 05/05/98, no qual, em suma, era dito que:

- Eram desconhecidas "as razões de facto e de direito subjacentes ao Despacho do Secretário Regional da Habitação e Obras Públicas, Transportes e Comunicações (...), datado de 23/07/96, o qual deferiu a atribuição de 1.163.000$00, correspondente a 75 % de apoio em vez dos 100 % (...)"
- "(...) a referida decisão foi tomada por um membro do anterior Governo Regional (...)".

5. Por outro lado e relativamente ao procedimento de concessão de apoio, o mesmo ofício informava ainda que:

"a) O apoio referido (...) foi concretizado por Portaria 118/DRH/96, de 17/09 (...).

b) (...) o beneficiário solicitou que lhe fosse transmitido a razão pela qual lhe fora atribuído 75 % da comparticipação e não os 100 % e ainda que lhe fosse revisto o seu processo a fim de que fosse feita justiça (vd. carta datada de 14/11/96, mas com registo de entrada na Delegação da Ilha Terceira do Departamento Governamental em causa, de 25 de Novembro desse ano (...)"

c) Em 20/2/98 foi solicitado pelo Exmo. Director Regional da Habitação parecer

jurídico o qual conclui essencialmente pelo seguinte:

- O acto administrativo referido em 1 constitui um acto definitivo e executório e, portanto, desde logo directamente recorrível contenciosamente (cfr. art. 4º do Decreto Legislativo Regional 14/95/A, de 22 de Agosto, conjugado com o artigo 25º, 28º e 29º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos).
- Não fossem todas as deficiências e irregularidades processuais configuradas no processo em causa (processo n.º 602/AL/91) o candidato teria direito a 100% de apoio, acrescido de 20% a título de apoio supletivo jovem. No entanto, na situação em análise, o particular não só não interpôs qualquer recurso contencioso no prazo legal, ou seja, 2 meses a contar, em última instância, da data da publicação da Portaria referida na alínea a), como a carta por este subscrita foi apresentada decorrido esse mesmo prazo (...).

Desta situação deriva que o direito que lhe assistia prescreveu".

6. Acrescidamente (e após solicitação deste Órgão do Estado feita através do ofício n.º 525, de 06/05/98) foi explicitado o sentido da afirmação "todas as deficiências e irregularidades processuais configuradas no processo em causa" nos seguintes termos:

"Grosso modo, subjacente ao parecer jurídico solicitado, foram configuradas as seguintes deficiências e irregularidades processuais:

A-Falta de fundamentação da decisão, quer quanto aos critérios de avaliação do imóvel, quer quanto à decisão propriamente dita.

B-Falta de decisão no prazo legalmente estipulado, a qual, por seu turno, levaria ao indeferimento tácito.

C-Inexistência de duas avaliações do imóvel objecto de candidatura, não constando, como referido em A, os critérios de atribuição dos respectivos valores.

D-Inexistência de despachos de admissão do processo de candidatura, a qual torna a contagem de prazos, nomeadamente para efeitos de prescrição, de difícil determinação".

II
Exposição de Motivos

7. O senhor R... candidatou-se, ao abrigo da disciplina contida no Decreto Legislativo Regional n.º 16/90/A, de 8 de Agosto, ao "Programa de Apoio à Habitação".

8. Foi organizado o processo n.º 602/AC/91.

9. A informação n.º 233, de 26/03/97, da Delegação da Ilha Terceira da Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos, expressamente refere que o interessado tinha direito à atribuição de 100% do apoio solicitado. Este mesmo documento menciona informação anterior (n.º 156, de 13/03/96) na qual havia sido proposta a concessão "da totalidade do apoio (...) por se enquadrar no escalão dos 100%".

10. Pelo Despacho de 23/07/96, o Secretário Regional da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações, aprovou a atribuição de apoio no valor de 1.163.000$00. Por outro lado, o interessado recebeu, ainda, o montante de 232.600$00, a título de apoio supletivo a jovens, ao abrigo do disposto no Decreto Legislativo Regional n.º 14/95/A, de 22 de Agosto (cf. Portaria n.º 238/DRH/97, do Secretário Regional da Habitação e Equipamentos).

11. Pese embora não constarem do processo aberto na Provedoria de Justiça elementos que sustentem, de forma cabal, o apuramento das quantias que o senhor R... deveria ter recebido no âmbito do "Programa de Apoio à Habitação", parece resultar da análise da documentação entregue neste Órgão do Estado que, caso o apoio concedido tivesse sido de 100%, o interessado teria recebido 1.550.000$00. Do mesmo passo, uma vez que o valor do apoio supletivo a jovens era de 20% do subsídio atribuído, em vez de 232.600$00 (ou seja, 20% de 1.163.00$00) teria recebido 310.000$00 (20% de 1.550.000$00). No total, em vez que 1.395.600$00, teria recebido 1.860.000$00.

12. O que desde logo ressalta da descrição dos procedimentos inerentes ao processo em análise é a incongruência da argumentação que conduziu à atribuição dos 75% do subsídio pretendido.

13. A circunstância da decisão ter provindo de membro do anterior Governo Regional é, como Vossa Excelência compreenderá, tão irrelevante juridicamente quanto despropositada a sua alegação. Não cabe aqui, sequer, a invocação do *princípio da segurança jurídica e da tutela da confiança*, porquanto estando em causa a actividade administrativa da Administração Regional, esta traduziu-se, primeiramente, num acto constitutivo de direitos ou de interesses legalmente protegidos [cf. art. 140, n.º 1, alínea b), do Código do Procedimento Administrativo].

14. A alegação da possibilidade do interessado recorrer contenciosamente da decisão administrativa não pode deixar de me merecer alguns comentários.

15. Como ficou amplamente demonstrado, as "deficiências" e "irregularidades

processuias" são unicamente imputáveis à Administração Regional dos Açores. Concluir-se que "não fossem todas as deficiências e irregularidades processuais configuradas no processo em causa (processo n.º 602/AL/91) o candidato teria direito a 100% de apoio, acrescido de 20% a título de apoio supletivo jovem" e, ao mesmo tempo, invocar que o particular poderia ter recorrido contenciosamente do acto definitivo e executório que lhe era desfavorável configura, senhor Secretário Regional da Habitação e Equipamentos, uma clara violação ao princípio da boa fé, na modalidade do *"venire contra factum proprium"*. Até porque a própria Administração Regional reconheceu que a "inexistência de despachos de admissão do processo de candidatura (...) torna a contagem de prazos (...) de difícil determinação", e que "falta (...) decisão no prazo legalmente estipulado".

16. É, no mínimo, estranho que a Administração Regional dos Açores se venha a considerar desobrigada do exercício do "poder-dever de proferir decisão expressa" (na terminologia do Acordão do S.T.A., de 30/01/97, processo n.º 40702), endossando a responsabilidade ao particular ofendido com o argumento de que dispunha dos meios contenciosos que a lei prevê.

17. A fazer vencimento esta tese (que foi já invocada, por Sua Excelência o Secretário Regional da Educação e Assuntos Sociais, em resposta à minha Recomendação n.º 56/A/98) a Administração eximir-se-ia, sem mais, do seu *dever de decisão*. E porque é sempre reconhecida aos particulares ofendidos a possibilidade de recorrerem aos meios judiciais próprios, poderiam os órgãos administrativos fazer uso desta argumentação em todas as situações que um administrado solicitasse a prática de um qualquer acto administrativo.

18. Uma vez que a Administração Regional exerce um poder público e que, na prossecução do interesses a seu cargo, deve respeito a princípios e obediência a regras, a sua actuação está sujeita ao *princípio da legalidade* (cf. art. 3º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo): só pode actuar com fundamento na lei e dentro dos limites por ela traçados. Não é aceitável, portanto, que um "*órgão ou agente administrativo* [faça] *utilização de artifícios ou de qualquer outro meio, por forma a enganar o particular*" (cf. Acordão STA, de 26/10/94, processo n.º 17626).

19. Apenas é legítimo à Administração remeter o particular para os tribunais na situação de subsistir divergência sobre o mérito, ou a legalidade, do pedido que deve decidir[48]. No caso em apreço, é a própria Administração Regional dos Açores a

[48] Mas esta invocação não desobriga a Administração Regional dos Açores da procura de uma solução justa para a questão em análise. E na situação de ocorrer intervenção do provedor de justiça (maxime através de

reconhecer a validade da pretensão do particular. Pode, em consonância, deferi-la. Deve, na observância de princípios materiais de justiça, fazê-lo.

20. O senhor Director Regional da Habitação alega, ainda, a prescrição do direito do interessado, uma vez que não foi interposto recurso contencioso no prazo legal. Por outras palavras, no entender do senhor Director Regional ainda que assistisse a razão ao senhor R... a circunstância de não ter atacado contenciosamente a decisão desfavorável teria conduzida à impossibilidade do exercício do seu direito.

21. Tal entendimento colide com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo e, também por este facto, não colhe.

22. Sobre a impossibilidade legal da Administração Regional apreciar, de novo, o pedido do senhor R... permito-me citar parte de motivação do Acordão do STA, de 17/10/95 (processo n.º 37694), no qual se debatia a questão dos efeitos jurídicos do indeferimento tácito em contraposição às consequências dos actos expressos. Conclui-se no referido acordão que "*o indeferimento tácito nunca se firma na ordem jurídica como caso decidido ou resolvido, pelo que o interessado pode continuamente, após o termo do prazo para a sua impugnação, se não preferir esta, dirigir aos órgãos administrativos competentes novo pedido sem que haja preclusão de tal direito até acto expresso*".

23. A Administração Regional dos Açores pode - e deve, na decorrência do *princípio da decisão* (art. 9º, do Código do Procedimento Administrativo) - apreciar a questão

24. E como é pacífico que a pretensão do senhor R... é justa e juridicamente sustentada não posso deixar de apelar a Vossa Excelência para que ao interessado seja atribuído o montante correspondente aos 25% da comparticipação em falta, acrescido do valor devido a título de apoio supletivo a jovens.

III
Conclusões

25. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Recomendação) é irrelevante, face ao disposto no art. 4º, da Lei nº 9/91, de 9 de Abril, a existência de processo judicial em curso.

Que a Secretaria Regional da Habitação e Equipamentos produza decisão expressa de atribuição ao senhor R... do montante correspondente aos 25% da comparticipação em falta, acrescido do valor devido a título de apoio supletivo a jovens, no âmbito do "Programa de Apoio à Habitação".

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal da Horta

R-2923/96
Rec. n.º 67/A/98
1998.11.04

I
Introdução

1. Foi instruído neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) um processo aberto com reclamação relativa à alteração ao alvará n.º 5/87, dessa Câmara Municipal, em virtude da qual se passou a permitir a construção em altura com dois pisos e meio quando, inicialmente não fora autorizada a construção superior a dois pisos.

2. A questão em apreço é, pois, a da alteração ao alvará de loteamento concedido em 04/12/87.

3. A reclamada alteração foi autorizada por deliberação proferida em 22/12/94 pela Câmara Municipal da Horta.

4. Por ofício deste Órgão do Estado (n.º 459, de 16/10/97) foi cumprido o dever de audição prévia da entidade visada, tendo sido perguntado à Câmara Municipal da Horta:

- em que consistiram as reclamadas alterações (designadamente quanto a número de pisos cuja construção é autorizada);
- qual o procedimento seguido no âmbito do processo de alterações.

5. Foi, ainda, solicitado o envio de cópia do alvará n.º 5/87, bem como das alterações que eventualmente houvessem sido autorizadas.

6. A coberto do ofício n.º 5599, de 03/11/97, a Câmara Municipal da Horta prestou os seguintes esclarecimentos:

"a) O alvará de loteamento 5/87 foi alterado por deliberação da Câmara Municipal da Horta de 22 de Dezembro de 1994;

b) A alteração consistiu na mudança do n.º de pisos das habitações que passou a ser de dois e meio, incluíndo sótão ou cave;

c) A requerida alteração foi efectuada a requerimento do proprietário do lote n.º 6, tendo sido colhido o parecer da DIF da SRHOPTC, na ausência de PU

aprovado".

7. Foi, ainda, remetida cópia do alvará n.º 5/87, bem como do parecer supra mencionado.

II
Exposição de Motivos

8. O alvará n.º 5/87 autorizava a constituição de 19 lotes e prescrevia, em 04/12/97, que "*o número de pisos será de 2 incluindo sótão ou cave*". Como foi já referido, o alvará foi alterado, em 22/12/94, por deliberação da Câmara Municipal da Horta, tendo passado a permitir dois pisos e meio, incluíndo sótão ou cave. Foi colhido o parecer da Delegação do Faial da Secretaria Regional da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações (cf. ofício n.º 684, de 07/12/94).

9. Não obstante as diversas alterações já introduzidas no regime jurídico do licenciamento municipal de operações de loteamento e de obras de urbanização - designadamente pelo Decreto-Lei n.º 302/94, de 19 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 334/95, de 28 de Dezembro e pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto - à data em que ocorreram os factos ora em apreciação estava em vigor o regime jurídico aprovado pelo Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Dezembro, alterado, por ratificação, pela Lei n.º 25/92, de 31 de Agosto. Com efeito, a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, foi posterior à emissão do alvará: nos termos do disposto no n.º 1 do art. 73º entrou "*(...) em vigor 120 dias após a sua publicação, com excepção do disposto no n.º 2 do artigo 9º, no n.º 3 do artigo 10º, no n.º 2 do artigo 20º, no n.º 4 do artigo 29º e no n.º 3 do artigo 33º*".

10. Acrescidamente, deve desde já ser deixado claro que o novo regime de qualificação da invalidade do acto em análise (que, em virtude das alterações introduzidas pela Lei n.º 26/96, de 1 de Agosto, deixou de considerar nulos os actos de licenciamento de loteamentos não precedidos das consultas às entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis) apenas é aplicável às relações jurídicas constituídas após a sua entrada em vigor. Não se aplica, portanto, à presente situação.

11. Por outro lado, o regime de licenciamento das operações de loteamento era "(...) aplicável às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, sem prejuízo das adaptações decorrentes da estrutura orgânica própria da administração regional autónoma (...)" (cf. art. 73º, n.º 2).

12. O art. 72º previu um regime transitório para os procedimentos de alteração de alvarás emitidos ao abrigo das disposições revogadas pelo Decreto-Lei n.º 448/91,

de 29 de Dezembro: "*as alterações aos alvarás emitidos ao abrigo da legislação agora revogada e dos Decretos-Leis n.ºs 46 673, de 29 de Novembro de 1965, e 289/73, de 6 de Julho, regem-se pelo disposto no presente diploma*".

13. Uma vez que a alteração reclamada ocorreu em 22/12/94, o regime jurídico aplicável é o constante no Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro.

14. Os alvarás - documentos que titulam o licenciamento da operação de loteamento ou das obras de urbanização (cf. art. 28º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, mais tarde rectificado pela Declaração n.º 23/92, publicada no D.R., 1ª Série-A, n.º 76, de 31/03/92) - são susceptíveis de alteração, por iniciativa da Administração ou dos particulares.

15. Importa, neste contexto, ter presente a disposição relativa à alteração dos alvarás:

artigo 36º
Alteração ao alvará

1- As especificações do alvará de loteamento podem ser alteradas a requerimento do interessado.

2- A alteração das especificações do alvará do loteamento obedece, com as necessárias adaptações, ao disposto no presente diploma para o licenciamento da operação de loteamento e das obras de urbanização, designadamente em matéria de pareceres, autorizações e aprovações exigidos por lei, dando origem à emissão de novo alvará.

3- As alterações às especificações previstas na alínea e) do n.º 1 do artigo 29º só podem ser licenciadas mediante autorização escrita de dois terços dos proprietários dos lotes abrangidos pelo alvará, dos edifícios neles construídos ou das suas fracções autónomas.

4- Exceptuam-se do disposto no n.º 2, as alterações às especificações previstas nas alíneas g) e h) do n.º 1 do artigo 29º, bem como as de pormenor, que são autorizadas por simples deliberação fundamentada da câmara municipal com dispensa de quaisquer outras formalidades.

5- Consideram-se alterações de pormenor apenas as que se traduzem na variação das áreas de implantação e de construção até 3% desde que não implique aumento do número de fogos e alteração dos parâmetros urbanísticos fixados nos planos municipais de ordenamento do território.

16. Por outro lado, dispõe assim a norma relativa às especificações que devem constar dos alvarás:

Artigo 29º
Especificações do Alvará

1- O alvará contém a especificação dos seguintes elementos, consoante forem aplicáveis:

a) Identificação do titular do alvará;

b) Identificação do prédio objecto da operação de loteamento ou das obras de urbanização;

c) Deliberações da câmara municipal relativas ao licenciamento da operação de loteamento e das obras de urbanização ou de sentença que a substitua;

d) Enquadramento em instrumentos de planeamento territorial;

e) Número de lotes e respectivas áreas, localização, finalidade, área de implantação, área de construção, número de pisos e número de fogos de cada um;

f) Cedências obrigatórias, sua finalidade e especificação das parcelas a integrar no domínio público da câmara municipal;

g) Prazo para a conclusão das obras de urbanização;

h) Montante da caução prestada e identificação do respectivo título.

2- O alvará deve conter, em anexo, as plantas confirmativas dos elementos referidos nas alíneas e) e f).

3- As condições estabelecidas no alvará vinculam a câmara municipal e o proprietário do prédio e ainda, desde que constantes do registo predial, os adquirentes dos lotes.

4- Os alvarás obedecem a um modelo tipo a aprovar por portaria do Ministro do Planeamento e da Administração do Território.

17. Como resulta da leitura das disposições transcritas, as alterações às especificações previstas na alínea e) do n.º 1 do artigo 29º - ou seja: relativas ao número de lotes e respectivas áreas, à localização, à finalidade, à área de implantação, à área de construção, ao número de pisos e ao número de fogos de cada um - só podiam ser licenciadas mediante autorização escrita de dois terços dos proprietários dos lotes abrangidos pelo alvará, dos edifícios neles construídos ou das suas fracções autónomas.

18. O procedimento assegurado pela Câmara Municipal da Horta para a alteração do alvará n.º 5/87 desrespeitou o disposto no art. 36º.

19. E não colhe sequer o argumento de estarmos perante meras alterações de pormenor: nesta situação, a autorização de alteração ocorreria "*por simples deliberação fundamentada da câmara municipal, com dispensa de quaisquer outras formalidades*" (*vide* art. 36º, n.º 4, *in fine*). Ao ter obtido o parecer da Secretaria Regional da Habitação, Obras Públicas, Transportes e Comunicações a Câmara Municipal da Horta afastou, desde logo, a aplicação deste procedimento simplificado. Acresce, ainda, que a deliberação camarária carece, em absoluto de fundamentação. Caso a edilidade pretendesse fazer uso deste processo simples impor-se-ia que o mencionasse expressamente na deliberação, que referisse as disposições legais aplicáveis e que justificasse o entendimento de que se estava perante *alterações de pormenor*.

20. Assim sendo, a Câmara Municipal da Horta apenas poderia ter licenciado as alterações ao alvará relativas ao número de pisos após ter sido obtida a autorização escrita de dois terços dos proprietários dos lotes, edifícios ou fracções autónomas.

21. Não o tendo feito, a deliberação camarária é ilegal, por violar o disposto no n.º 3 do art. 36º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro.

22. A alínea a) do n.º 1 do art. 56º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro, qualificava como nulas as alterações aos alvarás *"que não tenham sido precedidas de consulta das entidades cujos pareceres, autorizações ou aprovações sejam legalmente exigíveis (...)*". No caso que ora nos ocupa, a deliberação camarária que autorizou a alteração do alvará n.º 5/87 é nula.

23. Nos termos do disposto no art. 134º, do Código do Procedimento Administrativo, os actos nulos não produzem quaisquer feitos jurídicos, independentemente da declaração da nulidade. Este juízo é, não obstante, estritamente de direito uma vez que, não nos esqueçamos, foram já executadas - e terminadas - as obras realizadas ao abrigo do alvará alterado.

24. Acrescidamente, deve ter-se presente o direito ao ambiente e qualidade de vida, que vem inscrito no art. 66º da Constituição nos seguintes termos:

"Artigo 66.º
Ambiente e qualidade de vida

1- Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2- Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento

sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;

e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;

f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;

g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;

h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida."

25. Note-se, por outro lado, que o art. 6º da Lei de Bases do Ambiente considera como componentes do ambiente o ar, a luz, a água, o solo vivo e o subsolo, a flora e a fauna.

26. Não obstante a queixa que motivou a abertura de processo neste Órgão do Estado (Extensão da Região Autónoma dos Açores) não concretizar com rigor as consequências, em termos de diminuição do gozo dos componentes ambientais.da alteração do alvará n.º 5/87, não pode deixar de ser atendida a reclamação de um proprietário de lote a quem as obras decorrentes da alteração concedida ao alvará n.º 5/87 causaram diminuição de visibilidade da sua habitação e o obrigaram a dispender determinada quantia (alegadamente 1.500.000$00) em execução de novos trabalhos de construção civil.

27. Importa trazer à colação, igualmente, o entendimento da generalidade da doutrina de considerar nulo *por natureza*, mesmo na falta de lei expressa, um acto administrativo que violasse o conteúdo essencial de um direito fundamental. A

aplicação da referida tese ao caso em análise poderia levar a considerar nulo por natureza o acto administrativo de autorização de alteração de alvará se atingisse o núcleo essencial do direito ao ambiente (cf. art. 66º da Constituição da República Portuguesa) - ou seja, "*aquele mínimo sem o qual esse direito não pode subsistir*" (Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, n.º 540, de 15/12/92).

28. Em face deste entendimento, merece ainda especial destaque a posição dos que consideram a *luz* como componente ambiental natural determinante. E pela relevância assumidade em matéria urbanística, devo lembrar a descrição de JOÃO PEREIRA REIS sobre a inovação que constituiu a introdução, na Lei de Bases do Ambiente, da *luz* como uma componente ambiental: "*foi matéria que gerou acesa polémica na comissão parlamentar que redigiu o texto final da Lei de Bases. Acabou por fazer vencimento a tese defendida pelo deputado Ribeiro Telles que considerava necessário assegurar a todos os seres vivos (...) os níveis de luminosidade adequados, pelo que importava consagrar algumas normas visando a defesa do factor "luz". (...) Digamos que a classificação da "luz" como um dos componentes do ambiente foi essencialmente um meio para atingir determinados fins. Pretendia-se consagrar na lei certas normas visando* [também] *o estabelecimento de regras quanto à construção de edifícios (...)*" (*in* Lei de Bases do Ambiente Anotada e Comentada, Almedina, 1992, págs. 27 e 28).

29. Certamente que estas mesmas preocupações influenciaram decisivamente a redacção do art. 9º, da mesma Lei de Bases do Ambiente, nos termos da qual "*todos têm direito a um nível de* luminosidade conveniente à sua saúde, bem-estar e conforto na habitação (...)" (n.º 1), e levaram a que fosse legalmente condicionado "o volume dos edifícios a construir que [prejudicassem] a qualidade de vida dos cidadãos" [n.º 4, alínea a)].

30. Pese embora não existirem elementos que permitam sustentar a nulidade por natureza do acto administrativo de autorização de alteração de alvará n.º 5/87, por atingir o núcleo essencial do direito ao ambiente (designadamente por atentar contra os níveis de luminosidade convenientes), não deixa de ser especialmente relevante a constatação de que a alteração do número de pisos (superveniente e ilegalmente) permitida acarretou consequências negativas para, pelo menos, um dos proprietários dos lotes.

31. Tal verificação é tanto mais grave quanto a alteração desrespeitou uma

disposição que visava defender os proprietários dos lotes de modificações com as quais não estivessem de acordo (no caso, a norma contida no art. 36º do Decreto-Lei n.º 448/91, de 29 de Novembro).

32. Pelo conjunto de factos que descrevi, não se me afigura aceitável que a invalidade reclamada fique sem sanção, que os particulares afectados fiquem sem protecção face à actuação ilegal nem, tão pouco, que os prejuízos causados fiquem sem ressarcimento.

33. Não obstante, uma vez que a alteração reclamada já produziu efeitos, é aconselhável a invocação do disposto no n.º 3 do art. 134º, do Código do Procedimento Administrativo, nos termos do qual é acolhida "*a possibilidade de situações de facto decorrentes de actos nulos gerarem, ao longo de certo período de tempo, efeitos merecedores de protecção jurídica*" (ANTÓNIO REBORDÃO MACHADO, *in* Código do Procedimento Administrativo, Almedina, 1992, pág. 213). Com efeito, uma vez que mediante a alteração do alvará n.º 5/87 foi já construído um edifício no lote n.º 6, afigurar-se-ia desproporcionado impor a reposição da situação anterior à prática do acto nulo.

34. Nada mais resta, creio, do que tentar reparar, por outra via, os prejuízos causados ao senhor R..., proprietário de um lote e a quem as obras decorrentes da alteração concedida ao alvará n.º 5/87 causaram diminuição de visibilidade da sua habitação e o obrigaram a despender determinada quantia em execução de novos trabalhos de construção civil.

35. Até porque o ressarcimento dos danos causados aos cidadãos pela actuação das entidades públicas decorre do princípio da responsabilidade civil da Administração Pública por prejuízos decorrentes das acções e omissões praticadas pelos titulares dos órgãos, funcionários e agentes no exercício das suas funções (cf. art. 22º, da Constituição).

III
Conclusões

36. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a Câmara Municipal da Horta indemnize o senhor R... pelos prejuízos causados pela alteração autorizada ao alvará n.º 5/87;

B. Que a Câmara Municipal da Horta apure a quantia indemnizatória tomando como

referência as quantias despendidas em virtude da execução dos trabalhos de construção civil que o senhor R... realizou para salvaguardar as componentes ambientais essenciais (v.g. visibilidade e luminosidade) afectadas pela alteração autorizada ao alvará n.º 5/87.

Recomendação não acatada

A
Sua Excelência
o Presidente do Governo Regional dos Açores

R-2678/96
Rec. n.º 77/A/98
1999.01.07

I
Introdução

1. Em 12/07/96, foi apresentada ao provedor de justiça uma queixa relativa à aplicação das disposições da Convenção Relativa à Protecção da Vida Selvagem e do Ambiente Natural na Europa (Convenção de Berna) na Região Autónoma dos Açores.

2. Não obstante a reclamação ser relativa à protecção das diversas espécies de flora endémica dos Açores, era manifestada especial preocupação pelo "*Juniperus brevifolia*" (Cedro do Mato) nos seguintes termos:"

- A madeira do "*Juniperus brevifolia*" é largamente utilizada na construção e reparação de embarcações;
- Encontram-se em comercialização peças de artesanato manufacturadas a partir de madeira do Cedro do Mato;
- A procura da madeira do Cedro do Mato, que é muito elevada, constitui factor de pressão sobre a oferta, levando ao corte de exemplares de *"Juniperus brevifolia"*, em especial na Ilha do Pico;
- Existem em armazém grandes quantidades de troncos de *"Juniperus brevifolia"*;
- São feitos transportes de madeira do Cedro do Mato entre ilhas;
- Têm sido autorizadas, pelos serviços competentes do Governo Regional, arroteias em terrenos povoados por espécies endémicas incluídas nos anexos da Convenção de Berna.

3. No âmbito da instrução do processo supra referenciado, foram recebidas as

informações constantes do ofício n.º 3060, de 14/07/97, do Gabinete de Sua Excelência o Secretário Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente. Entre outras afirmações, era dito que "*(...) a obrigatoriedade de recenseamento imposta pela CITES, bem como o disposto nas alíneas a), b) e c) do artigo 2º do Decreto-Lei n.º 316/89, não se aplica ao material lenhoso relativo às espécies de flora endémica da Região protegidas, que tenham sido retiradas do seu meio natural antes da sua inscrição nos anexos da Convenção de Berna*" (cf. ponto 5 do ofício mencionado).

4. Em 28/11/97, a coberto do ofício n.º 5352, igualmente do Gabinete de Sua Excelência o Secretário Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente, foram prestados os esclarecimentos que se transcrevem:

> "3. Qualquer particular pode naturalmente vender madeira de cedro do mato armazenada antes da vigência da Convenção de Berna (1995), precisamente por esta espécie ("Juniperus brevifolia" (Seub.) Antoine) não constar das listas de espécies protegidas pela Convenção Internacional das Espécies de Fauna e Flora Selvagem Ameaçadas de Extinção (CITES), pelo que (...) não está aquele material lenhoso sujeito a qualquer tipo de recenseamento ou certificação;
>
> 4. Pelo supra exposto, os artesãos ou os comerciantes que trabalham ou comercializam cedro do mato não têm que fazer qualquer prova de que o mesmo foi cortado em data anterior à vigência da Convenção de Berna".

5. Na mesma comunicação era dada conta de terem sido instaurados dois processos de contra-ordenação, pela Direcção Regional dos Recursos Florestais, por abate de exemplares de *"Juniperus brevifolia"* na Ilha do Pico, e de ter sido, ainda, lavrado um auto de notícia, em 11/09/97, igualmente por corte de um exemplar de Cedro do Mato na Ilha do Pico.

6. Face a estas informações, foram solicitados esclarecimentos a Sua Excelência o Secretário Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente (cf. ofício n.º 044, de 16/01/98, da Provedoria de Justiça) relativamente às medidas que iriam ser tomadas visando:

- Conhecer as existências em armazém de madeira de *"Juniperus brevifolia"* (designadamente através de inventariação, registo e certificação de exemplares já cortadas e produtos já manufacturados);
- Evitar o prosseguimento de abate de exemplares.

7. Através dos ofícios n.ºs 870, de 18/02/98 (do Gabinete de Sua Excelência o Secretário Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente) e 4928, de 15/10/98 (da Direcção Regional dos Recursos Florestais), foi, uma vez mais, manifestado o entendimento de que inexistia obrigatoriedade de ser

assegurada a inventariação, o registo e a certificação dos exemplares já cortadas e dos produtos já manufacturados em madeira de *"Juniperus brevifolia"*, uma vez que estes procedimentos resultam da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies de Fauna e Flora Ameaçadas de Extinção (CITES), inaplicável à espécie em apreço.

8. O senhor Director Regional dos Recursos Florestais expressou o seu entendimento sobre esta questão de forma mais desenvolvida. Entre outras considerações (a que farei referência adiante), era afirmado:

"O ponto dois do V. oficio supra citado, indica um procedimento, não previsto na Convenção de Berna, mas sim na Convenção CITES, ambas as convenções protegem espécies mas os seus espíritos são completamente diferentes.

Este procedimento adoptado para espécies em perigo de extinção, não faz, a meu ver qualquer sentido em relação ao "Juniperus brevifolia" (...)".

II
Exposição de Motivos
A Convenção de Berna

9. A Convenção Relativa à Conservação da Vida Selvagem e dos *Habitats* Naturais da Europa (a Convenção de Berna) foi assinada em 19 de Setembro de 1979.

10. A adopção, a nível nacional, das medidas legislativas e regulamentares necessárias ao cumprimento das finalidades daquela Convenção - ratificada, em Portugal, pelo Decreto n.º 95/81, de 23 de Julho - foi operada através da publicação do Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro. A aprovação do Decreto-Lei n.º 196/90, de 18 de Junho, alterou a redacção dos art.s 14º e 15º do Decreto-Lei n.º 316/89.

11. Aquela Convenção foi assinada no âmbito do Conselho da Europa, e tinha como principal objectivo garantir a conservação da flora e da fauna selvagens e dos seus *habitats* naturais.

12. O regime contido no texto da Convenção de Berna visa a adopção, pelos países contratantes, de medidas necessárias à conservação da flora e fauna selvagens e dos *habitats* naturais (cf. art.s 2º e 3º).

13. Em cumprimento do disposto no art. 4º (artigo único, do Capítulo II, intitulado "Protecção dos *habitats*"), devem as partes contratantes tomar "*as medidas legislativas e regulamentares adequadas e necessárias à protecção dos "habitats" das*

espécies selvagens da flora e da fauna, especialmente das que são mencionadas nos anexos I e II, e à defesa dos "habitats" naturais ameaçados de extinção" (cf. n.º 1).

14. No art. 9º enumeram-se os casos em que se permitem derrogações às proibições atrás enunciadas.

15. As excepções permitidas (apenas quando não exista outra solução satisfatória) e sempre relativas (pois nunca poderão por em causa a sobrevivência da população), devem respeitar a protecção da flora e da fauna, permitir a prevenção de danos importantes nas diferentes formas de propriedade, interessar à saúde e segurança públicas, segurança aérea ou outros interesses públicos prioritários, visar a investigação e educação ambiental, o repovoamento, a reintrodução e a criação de exemplares, e, por fim, possibilitar a captura, a detenção ou qualquer exploração permitida de animais ou plantas.

16. Nos termos do disposto no art. 12º, o regime previsto na Convenção de Berna não impede a adopção de medidas mais restritas relativamente à protecção das espécies da flora e fauna selvagens.

17. A regulamentação da Convenção Relativa à Conservação da Vida Selvagem e dos Habitats Naturais ocorreu mediante a publicação do Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro.

18. No n.º 1 do art. 2º enumeram-se as actividades que são proibidas, tendo em vista a protecção das espécies da flora inscritas no anexo I da Convenção:

a) A colheita, apanha, corte ou arranque intencionais [alínea a)];

b) A venda, detenção para venda, oferta e transporte para venda e exposição com fins comerciais [alínea b)];

c) A deterioração dos respectivos *habitats* [alínea c)].

19. Em casos excepcionais (cf. n.º 2), a disciplina contida nas alíneas do n.º 1 do art. 2º não se aplica:

a) Quando as plantas tenham sido cultivadas [alínea a)];

b) Quando as plantas tenham sido retiradas do seu meio natural antes da inscrição da respectiva espécie nos anexos da Convenção [alínea b)];

c) Quando as plantas tenham sido introduzidas no nosso território de acordo com as normas relativas à protecção da respectiva espécie [alínea c)].

20. O art. 6º cria a comissão nacional para a aplicação da Convenção de Berna, a qual integra representantes designados pela Região Autónoma dos Açores (cf. parte final).

21. Nos termos do disposto no art. 13º, "os viveiristas, criadores e taxidermistas de espécies constantes dos anexos I, II e III da Convenção ficam

obrigados a:

a) No espaço de 150 dias a contar da data da publicação do presente diploma, enviar ao SNPRCN as listas das espécies que detenham naquela data;

b) Organizar e manter actualizado um registo das espécies e espécimes que detêm e exibi-lo sempre que tal lhes for solicitado pelo SNPRCN".

22. O art. 14º dispõe sobre as contra-ordenações puníveis por violação da disciplina contida no Decreto-Lei n.º 316/89, de 22 de Setembro. O art. 15º prevê que, cumulativamente com as coimas previstas, as seguintes sanções acessórias aplicáveis aos infractores:

a) A interdição do exercício da profissão ou da actividade, até um máximo de dois anos [alínea a)];

b) A apreensão das espécies que estejam na origem da infracção, bem como do equipamento utilizado para a sua captura, que serão perdidos a favor do Estado [alínea b)].

23. Em parte alguma do diploma vêm previstas normas relativas ao ressarcimento de danos causados pelas espécies protegidas no âmbito da Convenção, ou decorrentes da impossibilidade de as capturar ou apanhar.

24. O Decreto-Lei n.º 196/90, de 18 de Junho, alterou a o regime das contra-ordenações pela prática de infracções ao Decreto-Lei n.º 316/89, tendo, em especial, elevado os limites máximos dos montantes das coimas e alargado o número de sanções acessórias cuja aplicação é possível.

25. Assim, foram acrescentadas ao elenco das sanções acessórias aplicáveis aos infractores:

a) A privação do direito a subsídio ou benefício outorgado por entidades ou serviços públicos [alínea c) do art. 15º];

b) A privação do direito de participação ou arrematações a concursos promovidos por entidades ou serviços públicos, de obras públicas, de fornecimento de bens e serviços, ou concessão de serviços, licenças ou alvarás [alínea d) do art. 15º].

26. Nos termos do disposto no art. 18º, a aplicação da disciplina do Decreto-Lei n.º º 316/89, de 22 de Setembro, nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, não prejudica as competências cometidas aos respectivos órgãos de governo próprios.

A Rede Natura 2000

27. Como ficou atrás descrito, o senhor Director Regional dos Recursos Florestais referiu expressamente, no ofício n.º 4928, de 15/10/98, a necessidade da "*(...) protecção efectiva dos habitates (...) como sejam os Matos Macarronésicos endémicos; as Turfeiras de cobertura; as Turfeiras arborizadas; as Laurissilvas Macarronésicas; e as Florestas Macarronésicas de Juniperus*".

28. O anexo I ao Decreto-Lei n.º 226/97, de 27 de Agosto (intitulado "tipos de *habitats* naturais de interesse comunitário cuja conservação exige a designação de zonas especiais de conservação"), inclui, entre outros, os seguintes *habitats*, sob os títulos indicados:

Turfeiras altas e turfeiras baixas

Turfeiras ácidas de "*Sphangnum"*

7110 (*) Turfeiras altas activas

7120 Turfeiras altas degradadas (ainda susceptíveis de regeneração natural).

7130 (*) Turfeiras de cobertura [(*) turfeiras activas unicamente].

Florestas

Florestas esclerófilas mediterrânicas

9361 (*) Laurissilvas dos Açores.

Florestas de coníferas de montanha mediterrânicas

9565 (*) Florestas macarronésicas de *Juniperus.*

29. De notar que a referência (*) indica que se trata de um *habitat* prioritário.

30. Relativamente aos tipos de *habitats* descritos no anexo I, bem como às espécies animais e vegetais incluídas nos anexos II, IV e V, o Decreto-Lei n.º 226/97, de 27 de Agosto, prevê a elaboração de uma lista nacional de sítios (cf. art. 3º, n.º 1), e dispõe que *"(...) os instrumentos de planeamento e ordenamento deverão conter as medidas necessárias para garantir a conservação dos habitats e espécies identificados para a* [respectiva] *área*" (cf. art. 4º, n.º 3).

31. Este diploma procedeu à transposição para o direito interno da Directiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de Maio, com o expresso objectivo de "*contribuir para assegurar a biodiversidade, através da conservação e do restabelecimento dos habitats naturais e da flora e fauna selvagens no território nacional num estado de conservação favorável, tendo em conta as exigências económicas, sociais e culturais, bem como as particularidades regionais e locais*" (cf. art. 1º).

32. A disciplina constante do Decreto-Lei n.º 226/97, de 27 de Agosto, para além do estabelecimento de diversas medidas previstas em ordem à protecção destes *habitats* naturais, proibe, no art. 10º e relativamente apenas às espécies vegetais constantes do anexo IV:

a) A recolha, a colheita, o corte, o desenraizamento ou a destruição das plantas em causa no seu meio natural, dentro da sua área de distribuição natural anos [alínea a)];

b) A detenção, o transporte, a venda ou troca e a oferta para fins de venda ou de troca de espécimes das referidas espécies colhidos no meio natural, com excepção dos colhidos legalmente antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 226/97 [alínea b)].

33. O art. 19º dispõe que, na Região Autónoma dos Açores, a execução da disciplina constante do Decreto-Lei n.º 226/97, de 27 de Agosto, cabe aos serviços competentes da administração regional.

O art. 15º, n.º 6, da Lei de Bases do Ambiente

34. A Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, no pressuposto de que "*todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender*" (cf. art. 2º, n.º 1, 1ª parte) impõe a observância, pela administração pública e pelos particulares, de princípios específicos de actuação.

35. Em especial, importa chamar a atenção para três destes princípios:

- O *princípio da prevenção* [art. 3º, alínea a)]: as actuações com efeitos imediatos ou a prazo no ambiente devem ser consideradas de forma antecipativa, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correcção dos efeitos dessas acções ou actividades susceptíveis de alterarem a qualidade do ambiente, sendo o poluidor obrigado a corrigir ou a recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes, não lhe sendo permitido continuar a acção poluente;
- O *princípio da procura do nível mais adequado de acção* [art. 3º, alínea f)]: a execução das medidas de política de ambiente devem ter em consideração o nível mais adequado de acção, seja ele de âmbito internacional, nacional, regional, local ou sectorial;
- O *princípio de recuperação* [art. 3º, alínea g)]: devem ser tomadas medidas urgentes para limitar os processos degradativos nas áreas onde actualmente ocorrem e promover a recuperação dessas áreas, tendo em conta os equilíbrios a estabelecer com as áreas limítrofes.

O Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores

36. O Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, aprovado pela Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 9/87, de 26 de Março e pela Lei n.º 61/98, de 27 de Agosto, define a defesa do ambiente e equilíbrio ecológico como matéria de interesse específico da Região [cf. art. 8º, alínea c)].

37. Esta previsão releva "para efeitos de definição dos poderes legislativos ou de iniciativa legislativa da Região, bem como das matérias de consulta obrigatória pelos órgãos de soberania, nos termos do n.º 2 do art. 229º da Constituição" (cf. corpo do mesmo artigo).

38. É competência da Assembleia Legislativa dos Açores, nos termos do art. 31º:

- "Legislar, com respeito pelos princípios fundamentais das leis gerais da República, em matérias de interesse específico para a Região que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania" [alínea c)];

- "Legislar, sob autorização da Assembleia da República, em matérias de interesse específico para a Região que não estejam reservadas à competência própria dos órgãos de soberania" [alínea d)];

- "Desenvolver, em função do interesse específico da Região, as leis de bases em matérias não reservadas à competência da Assembleia da República, bem como as previstas nas alíneas f), g), h), n), t) e u) do n.º 1 do artigo 165º da Constituição" [alínea e)].

39. Não obstante, no exercício das suas atribuições enquanto "*órgão executivo de condução da política da Região e o órgão superior da administração regional*" (cf. art. 46º), compete ao Governo Regional, para além do exercício de poder executivo próprio [cf. art. 60º, alínea a)], a apresentação à Assembleia Legislativa Regional de propostas de decreto legislativo regional e de antepropostas de lei [cf. art. 60º, alínea t)].

As Acções já Desenvolvidas pelo Governo Regional dos Açores

40. Ainda no ofício n.º 4928, de 15/10/98, do senhor Director Regional dos Recursos Florestais, são descritas algumas das acções levadas a cabo pela Administração Regional dos Açores no âmbito da conservação das espécies naturais existentes na Região. Assim, foram enunciadas as seguintes medidas:

- "(...) no plano de melhoramento florestal dos Açores, que está a ser realizado com o apoio técnico e científico do Departamento de Engenharia Florestal do Instituto Superior de Agronomia (...) no sentido da (...) domesticação [do "Juniperus brevifolia"] e melhoramento genético com vista à sua explorabilidade. (...)

- (...) o Governo Regional iniciou um investimento na aquisição de uma grande propriedade na Ilha Terceira composta por um riquíssimo património vegetal, onde podemos encontrar grande variedade de habitares, onde está presente o "Juniperus brevifolia". (...)

- No ano transato iniciou-se um projecto LIFE, junto com o Departamento de Ciências Agrárias da Universidade dos Açores, com um investimento Global de

cerca de 380 000 contos, com vista precisamente ao estudo dessas áreas, e à definição de planos de gestão das mesmas, com indicação das medidas de conservação activa a realizar com vista à efectiva protecção dos habitates e espécies.

- No presente ano de 1998, foram descongelados 28 novos lugares para a carreira de Guardas Florestais do Quadro da Direcção Regional dos Recursos Florestais, estando a iniciar-se o processo de selecção, o que vem reforçar significativamente o corpo existente, o que representa sem duvida um esforço da Administração Regional com vista a aumentar a capacidade fiscalizadora nas áreas de competência desse corpo policial, nomeadamente a fiscalização em áreas de reservas florestais e coberto florestal da região.

- (...) [estão-se] a levar a cabo, os trabalhos relativos ao inventário florestal da região. Com este trabalho pretende-se obter informação gráfica e numérica sobre a utilização do solo, nas superfícies florestais, pretende-se avaliar as áreas ocupadas pelas principais essências, por natureza de povoamentos (composição, objectivos de produção e nível de desenvolvimento), e efectuar a sua distribuição no espaço; Nos povoamentos destinados à produção de material lenhoso, pretende-se determinar o volume e realizar uma caracterização das árvores que os constituem em relação à idade, altura, diâmetro à altura do peito; Determinar o potencial produtivo (acréscimos) desses povoamentos; Delimitar as áreas de vegetação natural ou semi-natural (que serão caracterizadas no projecto LIFE)".

II
Conclusões

41. Sendo certo que a Assembleia Regional dos Açores é o órgão legislativo por excelência na Região Autónoma dos Açores, é igualmente visível que o Governo Regional tem vindo a prosseguir uma política de conservação da natureza cuja concretização prática foi entregue, pelo menos em parte, à Direcção Regional dos Recursos Florestais. Faz, por isso, sentido dirigir a presente Recomendação a Vossa Excelência - e não directamente ao órgão legislativo - esperando que as medidas a serem implementadas em consequência de um eventual acatamento resultem em propostas legislativas coerentes e integradas num programa de acção (ambiental) global.

42. O Governo Regional dos Açores encontra-se em posição previlegiada, atendendo aos estudos já realizados e aos trabalhos em curso, para promover a

concretização de medidas (designadamente legislativas) mais vastas de protecção às espécies vegetais ameaçadas de extinção. Por outro lado, importa aproveitar a experiência e o *know-how* da Direcção Regional de Recursos Florestais.

43. Não podendo deixar de concordar com o senhor Director Regional dos Recursos Florestais quando afirma que "(...) importante mesmo, na defesa destes habitates e por consequência das espécies que os compõem, é o estudo dos mesmos e a execução de obras de intervenção de protecção activa", verifico, igualmente, que a par da realização dos trabalhos científicos, continua o abate de exemplares raros, prossegue o comércio de produtos provenientes de espécies protegidas e existe um desconhecimento absoluto sobre a quantidade desta madeira já armazenada. A manter-se a actual situação, persistirá o comércio de produtos manufacturados em madeira de espécies protegidas e subsistirá, eternamente, a possibilidade de ser invocado que o abate ou a aquisição da matéria prima foi anterior à entrada em vigor da Convenção de Berna. Por outras palavras, a protecção resultante deste instrumento legislativo nunca será completa nem efectiva.

44. Impõe-se-me, por isso, a conclusão que uma protecção efectiva dos *habitats* deve passar, também, por um sistema sancionatório mais amplo e, acima de tudo, mais desmotivador de práticas proibidas. Acresce, como se viu, que devem ser levadas em linha de conta as especificidades regionais nesta matéria, designadamente a quantidade armazenada de madeira proveniente das espécies protegidas, bem como a sua utilização comercial.

45. Por outro lado, e como deixei dito, nada impede a adopção de medidas mais restritas relativamente às espécies da flora e fauna selvagens protegidas pela Convenção de Berna.

46. O Governo Regional dos Açores dispõe dos meios necessários de definição dos termos precisos da adaptação da disciplina jurídica dos instrumentos de conservação da natureza, levando em especial linha de conta os interesses específicos da Região Autónoma dos Açores. Ao reconhecer, do mesmo passo, as naturais limitações da Administração Regional dos Açores - especialmente em termos de quantidade de meios humanos e materiais - afigura-se-me viável recomendar a tomada de iniciativas pouco dispendiosas nos meios, e efectivas nos resultados.

47. Assim:

- Como forma de desincentivar o abate de novos exemplares das espécies protegidas, faz sentido proceder a um exaustivo inventário da madeira

susceptível de aproveitamento comercial garantindo, deste modo, o progressivo desaparecimento no circuito comercial de produtos manufacturados em madeira de espécies protegidas. Este inventário (a realizar durante um período temporal limitado) seria assegurado através da declaração das existências em armazém, pelos possuidores de madeiras ou produtos finais, junto dos serviços da Administração Regional que vierem a ser designados. Estes certificarão as quantidades e manterão o registo para futuras acções de fiscalização.

- Por outro lado, os comerciantes (de madeira ou de produtos finais) deverão ser obrigados a manter um registo actualizado de produtos provenientes de espécies protegidas;
- Por fim, devem ser cominadas sanções para o incumprimento da disciplina que vier a ser criada, em termos de ilícito de mera ordenação social.

48. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Que o Governo da Região Autónoma dos Açores elabore proposta de decreto legislativo regional à Assembleia Regional dos Açores no âmbito da política de conservação da natureza (e, em especial, do Cedro do Mato), na qual se discipline, nomeadamente:

A. A criação de um inventário da madeira proveniente de espécies protegidas susceptíveis de aproveitamento comercial;

B. A criação e manutenção de registos individuais dos comerciantes de madeira ou produtos finais provenientes de espécies protegidas;

C. A criação de um quadro sancionatório, em termos de ilícito de mera ordenação social, da violação das disposições que vierem a ser criadas.

Recomendação acatada

A
Sua Excelência
o Secretário Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente

R-2314/98
Rec. n.º 78/A/98
1999.01.07

I
Introdução

1. Em 27/05/98, foi dirigida ao provedor de justiça uma reclamação relativa ao concurso externo de ingresso para provimento de lugares de 3º oficial do quadro da Secretaria Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente (J.O., II série, n.º 36, de 03/09/96).

2. A queixa referia que durante a entrevista de selecção o júri do concurso estava irregularmente constituído. Com efeito, nos termos da reclamação, não obstante um dos vogais ter faltado àquela diligência, não foi devidamente substituído.

3. No âmbito da instrução do processo aberto na Extensão da Provedoria de Justiça da Região Autónoma dos Açores, foram solicitadas ao Gabinete de Vossa Excelência informações relativamente:

- À constituição do júri do concurso (foi, igualmente, solicitado o envio de cópia do despacho de nomeação, incluindo os vogais substitutos);
- À constituição do júri durante as entrevistas profissionais realizadas aos diferentes opositores ao concurso.

4. Em resposta (cf. ofício n.º 2940, de 29/06/98), foram recebidos os seguintes esclarecimentos:

"(...)

a) O Júri teve a seguinte constituição:

Presidente - Fernando dos Anjos Alves de Campos, Chefe de Repartição;

Vogais efectivos - Irene Adelaide Ávila Soares, que substituirá o Presidente nas suas faltas e impedimentos;

Vogais suplentes - Liseta Garcia de Oliveira Campos - Chefe de Secção;

Avelino Santos Silva - Chefe de Secção".

5. De notar que, confrontado o teor da resposta que acabo de transcrever com o conteúdo da cópia do despacho de nomeação do júri, verifico que - certamente por

mero lapso - não foi feita referência ao segundo vogal efectivo (Carmina Ávila Moules Matos, 1º oficial).

6. Informa, ainda, o supra mencionado ofício que "durante as entrevistas profissionais realizadas aos diferentes opositores ao concurso o Júri foi constituído pelo Presidente e pelo primeiro Vogal efectivo - Irene Adelaide Ávila Soares".

7. Por fim, para além da descrição dos locais nos quais os diferentes membros do Júri exercem funções (nas ilhas do Faial e de São Jorge), é afirmado que "*o 2º Vogal efectivo, à data da realização das entrevistas, encontrava-se doente, conforme atestado médico apresentado no Serviço, arquivado no respectivo processo individual*".

8. As informações assim obtidas bastam, sem mais, para uma apreciação da matéria da reclamação e permitem, como demonstrarei, concluir procedência da queixa que me foi apresentada.

II
Exposição de Motivos

9. Importa ter presente as normas pertinentes das disposições que regulam a constituição, a composição e o funcionamento dos júris dos concursos de recrutamento e selecção de pessoal para os quadros da Administração Pública, constantes do Decreto-lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 215/95, de 22 de Agosto.

Capítulo IV
Processo de concurso comum
Secção I
Do júri
Artigo 8º
Constituição e composição

1- O júri do concurso é constituído por despacho do dirigente máximo do serviço ou organismo competente para a sua realização, podendo a sua composição ser alterada, por motivos ponderosos e devidamente fundamentados, até à data do início da aplicação dos métodos de selecção.

2- O júri é composto por um presidente e por dois ou quatro vogais efectivos.

3- (...)

4- (...)

5- O despacho constitutivo do júri designará o vogal efectivo que substituirá o presidente nas suas faltas e impedimentos.

6- O despacho constitutivo do júri designará também, para as situações de falta e impedimento, vogais suplentes em número idêntico ao dos efectivos.

(...)

Artigo 9º
Funcionamento

1- O júri só pode funcionar quando estiverem presentes todos os seus membros, devendo as respectivas deliberações ser tomadas por maioria e sempre por votação nominal.

(...)

10. A adaptação deste regime jurídico à Administração Pública regional dos Açores, resultante da publicação do Decreto Legislativo Regional n.º 3/94/A, de 29 de Janeiro, alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 5/97/A, de 21 de Maio, não implicou modificações relevantes na maéria da constituição, composição e funcionamento dos júris dos concursos (apenas dispõe, no art.4º ,que "o presidente do júri será designado de entre pessoal dirigente, de chefia ou funcionário com categoria remunerada por índice não inferior a 300, em qualquer dos casos pertencentes ao serviço ou organismo competente para a realização do concurso").

11. Como se verifica da leitura dos preceitos citados, na situação em que o júri

é constituído, para além do presidente, por dois vogais efectivos (art. 8º, n.º 2), devem ser designados dois vogais suplentes (art. 8º, n.º 6), para as situações de falta e impedimento. E decorre desta circunstância que o, ou os vogais suplentes, substituem o, ou os vogais efectivos, na sua falta ou impedimento. Se dúvidas subsistissem quanto a este entendimento, a leitura do n.º 1 do art. 9º dissipá-las-ia: o júri só pode funcionar com a presença de todos os seus membros.

12. Como igualmente resulta do disposto no n.º 5 do supra citado art. 8º, um dos vogais efectivos deve ser designado para substituir o presidente nas suas faltas e impedimentos.

13. Resulta do exposto (com alguma evidência, diga-se), que o legislador cuidou de criar um júri com um número ímpar de membros (três ou cinco), assegurando, do mesmo passo, o seu funcionamento ainda que os seus membros efectivos faltassem ou estivessem impedidos de integrar a sua composição. Aliás, não é senão esta a razão de ser da existência de um regime de substituição.

14. Uma vez que, à data da realização das entrevistas, o segundo vogal efectivo encontrava-se impedido de integrar o júri, deveria ter sido substituído por um dos vogais suplentes. Não ocorrendo esta substituição, o júri não poderia ter funcionado.

15. O júri do concurso externo de ingresso para provimento de lugares de 3º oficial do quadro da Secretaria Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente estava ilegalmente constituído. A não observância do regime previsto para a substituição do membro do júri em falta (que implicou o funcionamento do júri com apenas dois elementos) acarretou a invalidade do referido concurso.

16. Lembro a Vossa Excelência as conclusões do Acordão do Supremo Tribunal Administrativo (cf. Ac. de 22/03/90, proferido no processo n.º 27803), nos termos da qual "*a ilegal constituição de júri de concurso, em consequência de substituição de um dos seus membros, sem observância do regime legal dessa substituição, equivale a não observância de formalidade essencial, que inquina de nulidade a deliberação que homologou classificação elaborada pelo mesmo*". E nem a circunstância da norma que esteve na base desta deliberação judicial - o art. 88º do Decreto-Lei n.º 100/84 - ser relativa às autarquias locais justifica um entendimento diferente no que concerne à presente situação. Com efeito, como refere FREITAS DO AMARAL,"o elenco de nulidades constantes do artigo 88º da LAL considerava-se já aplicável por analogia aos actos de todos os órgãos da Administração Pública portuguesa" (cf. Código do Procedimento Administrativo Anotado, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, pág. 212).

17. Seguindo o mesmo Autor, devo acentuar que "o CPA prescreve, ainda, que são nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais. Quando se verifique

a omissão de qualquer dos elementos essenciais, mas ainda seja possível reconhecer o tipo legal em que o acto se insere, este será nulo" (idem). Como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, "é formalidade essencial do processo do concurso a composição do júri" (cf., por todos, Ac. de 26/01/62, proferido no processo n.º 5661); ou, em outro processo, "a composição e funcionamento do júri com um número par de membros constitui irregularidade que se traduz na preterição de formalidades essenciais (...)" (cf. Ac. de 22/03/90, processo n.º 27803).

18. Tendo concluído pela procedência da reclamação (por ter verificado a inobservância do regime legal de substituição do membro do júri em falta e deliberação com número par de membros do júri) não posso deixar de constatar, igualmente, que foram frustrados, em absoluto, o *princípio da igualdade de condições e de oportunidades para todos os candidatos* e o *princípio da neutralidade da composição do júri*.

19. Faço notar, em jeito de conclusão, que sendo o júri composto por apenas dois elementos, e sendo um deles presidente (cf. art. 8º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro), a opinião deste membro fará sempre vencimento, mercê da possibilidade do *duplo voto* em caso de empate na votação (cf. art. 26º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo).

20. Na tradicional, e pacífica, distinção entre órgãos colegiais - que têm por suporte uma pluralidade de indivíduos - e órgãos singulares - que têm por suporte um único indivíduo -, o júri do concurso externo de ingresso para provimento de lugares de 3º oficial do quadro da Secretaria Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente foi, na prática, um órgão singular: todas as decisões foram tomadas (porque não poderiam deixar de ser) pelo presidente do júri.

21. A circunstância de um "júri" de concurso ser um órgão singular - e sê-lo-á sempre que se verifique, como na presente situação, que todas as decisões são tomadas por um único indivíduo - não pode deixar de configurar uma nulidade, até face à redacção do art. 116º, n.º 2, da Constituição da República.

II
Conclusões

22. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

Seja declarado nulo o concurso externo de ingresso para provimento de lugares de 3º oficial do quadro da Secretaria Regional da Agricultura, Pescas e Ambiente (J.O., II série, n.º 36, de 03/09/96).

Recomendação acatada

Ao
Exmo. Senhor
Presidente da Câmara Municipal de Lagoa

R-2803/98
Rec. n.º 79/A/98
1999.01.07

I
Introdução

1. Encontra-se em instrução na Provedoria de Justiça (Extensão da Região Autónoma dos Açores) um processo aberto com reclamação relativa à realização de obras particulares sem o necessário licenciamento camarário. A obra em causa consiste na construção, pelo senhor J..., de um muro na orla marítima, em Água de Pau e docorreu já depois de 1996 (não foi possível apurar a data exacta em que terão decorrido os trabalhos de construção civil).

2. Em especial, é reclamado o facto das entidades chamadas a intervir no respectivo procedimento de licenciamento, incluindo aquelas a quem caberia a emissão de parecer, não terem emitido as respectivas licença e parecer.

3. Por forma a permitir a averiguação cabal dos factos relevantes, foi promovido ofício a V.Exa. (cf. ofício n.º 758, de 13/07/98) no qual se solicitava a prestação de informações sobre:

a) A exacta localização da obra reclamada;

b) Se o local da obra se situava em área do Domínio Público Marítimo;

c) Se, em caso afirmativo, fora organizado o respectivo e se a decisão final fora apresentada pelo requerente, nos termos do disposto no art. 48º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro;

d) Se os trabalhos referidos haviam sido licenciados pela Câmara Municipal de Lagoa;

e) Se, caso a obra não houvesse sido autorizada, fora instaurado o competente processo de contra-ordenação;

f) Se fora ordenado o embargo dos trabalhos;

g) E se, posteriormente, fora organizado processo de legalização.

4. Foi solicitado, ainda, o envio de planta à escala com indicação da área da obra.

5. Por fim, pediram-se informações sobre os instrumentos normativos urbanísticos em vigor para a área em questão (designadamente sobre a existência de PDM-Plano Director Municipal eficaz ou outros planos de ordenamento do território).

6. A coberto do ofício n.º 6417, de 31/07/98, V.Exa. prestou os esclarecimentos solicitados e remeteu os elementos pedidos.

7. Em conclusão, a instrução do processo permitiu apurar os seguintes factos:

1º A obra consiste na construção, pelo senhor J..., de um muro na orla marítima, em Água de Pau;

2º A obra foi realizada em área de jurisdição portuária;

3º Não foi organizado o respectivo processo de delimitação do domínio público marítimo;

4º Logo, não foi cumprido o disposto no art. 48º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro (apresentação pelo requerente da decisão final);

5º Os trabalhos não foram licenciados pela Câmara Municipal de Lagoa;

6º Não foi instaurado procedimento de contra-ordenação;

7º Não foi ordenado o embargo dos trabalhos;

8º Nem, tão pouco, foi organizado processo de legalização;

9º O concelho de Lagoa dispõe de PDM-Plano Director Municipal aprovado e em vigor.

8. Fácil é concluir, desde já, que os factos reclamados resultam da diferente interpretação do disposto no Regime Jurídico do Licenciamento das Obras Particulares e, designadamente, do licenciamento de obras particulares em zonas sujeitas a jurisdição portuária.

II
Exposição de Motivos

9. Importa, desde já, esclarecer que o entendimento explanado no parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República publicado no Diário do Governo, II série, de 28 de Abril de 1953 (pág. 2300 e seguintes) - segundo o qual as atribuições e competências da câmaras municipais no âmbito do licenciamento de obras particulares não se exercem em áreas compreendidas em jurisdição das administrações portuárias - radica na consideração do regime legal então vigente.

10. Assim, lê-se, a dado passo, no referido parecer:

"Qualquer limitação dos poderes conferidos às câmaras municipais pelas disposições que ficam transcritas [que são, lembre-se, do Regulamento Geral

das Edificações Urbanas] há-de resultar do texto expresso da lei. Na verdade, se, como é doutrina corrente e pacífica, a competência emana directamente da lei, qualquer limitação do âmbito do texto que a confira só será legítima se assentar num preceito de igual força e natureza".

11. É exactamente neste ponto que a argumentação de V.Exa. não colhe - ainda que a sua invocação fizesse sentido à data emissão do citado parecer, altura em que o regime do licenciamento de obras particulares decorria da aplicação das disposições do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

12. Posteriormente, porém, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 166/70, de 15 de Abril. Na vigência das disposições deste diploma "*as obras a executar em zona de jurisdição portuária* [estavam] isentas de licença camarária". Ainda assim, "os projectos [deveriam] sujeitar-se a aprovação da Câmara Municipal a fim de verificar a sua conformidade com o plano ou anteplano da urbanização e com as prescrições regulamentares" (cf., por todos, Acordão STA, de 14/02/95, proferido no processo n.º 36326). Como princípio, portanto, "a câmara municipal, a quem cabe a aprovação prévia dos projectos de obras a executar por particulares nas zonas de jurisdição portuária, [tinha] a seu cargo a defesa do interesse público da conformidade do projecto com as regras urbanísticas e de ordem técnica aplicáveis" (cf. Acordão STA, de 08/07/93, proferido no processo n.º 31254).

13. Com efeito, o art. 2º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 166/70 sujeitava a regime especial de licenciamento de obras aquelas executadas pelos serviços do Estado e por empresas ferroviárias e por particulares em zonas de jurisdição portuária. No entanto, como referia SOFIA ABREU[49], "*estas obras não estão sujeitas a licença municipal. Mas os respectivos projectos devem ser submetidos à aprovação da Câmara Municipal para que esta verifique se estão conformes com os planos aprovados e com os regulamentos aplicáveis*".

14. Diferentemente, porém, no âmbito da disciplina contida no Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, deve entender-se que as obras promovidas por particulares nas áreas de jurisdição portuária devem ser sujeitas a licenciamento municipal.

15. O Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, que aprovou o Regime Jurídico do Licenciamento das Obras Particulares e cuja redacção actual foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, define que carecem de licenciamento

municipal todas as obras de construção civil, designadamente a construção e a reconstrução de novos edifícios, a ampliação, alteração, reparação ou demolição de edificações [cfr. arts. 1º, n.º 1 e 3º, n.º 1, alínea a), do diploma referido]. Da mesma forma, o Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, que aprovou o Regulamento Geral das Edificações Urbanas, impõe a prévia licença camarária daquelas obras de construção civil (cfr. art. 2º).

16. O art. 3º, n.º 1, alínea e), relativamente às situações de dispensa de licenciamento municipal, refere "as obras e trabalho promovidos pela administração indirecta do Estado nas áreas de jurisdição portuária (...) directamente relacionadas com a respectiva actividade". Nestes casos - e apenas nestes casos - é dispensado o licenciamento camarário.

17. Temos, pois, que as obras promovidas por particulares nas áreas de jurisdição portuária estão sujeitas a licenciamento camarário.

18. Dissipando quaisquer dúvidas sobre a necessidade de licenciamento camarário das todas as obras de construção civil, o n.º 1 do art. 48º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, reafirma esse princípio geral, nos seguintes termos:

Artigo 48º
Processo de Licenciamento

1-As obras referidas no n.º 1 do artigo 1º, cujo projecto, nos termos da legislação especial aplicável, carece de aprovação da administração central (...), estão também sujeitas a licenciamento municipal, nos termos do disposto no presente diploma.

19. Por outro lado, e reforçando ainda mais este entendimento, o n.º 2 do art. 52º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, dispõe que "*são nulos os actos administrativos que decidam pedidos de licenciamento, no âmbito do presente diploma, e que violem o disposto no n.º 2 do art. 48º*" [alínea c)].

20. O art. 48º, n.º 2 refere expressamente: "*a câmara municipal não pode deferir pedidos de informação prévia nem licenciar as obras previstas no número anterior* [obras referidas no art. 1º, n.º 1, cujo projecto, nos termos da legislação especial aplicável, carece de aprovação da administração central] *sem que o requerente apresente documento comprovativo da aprovação da administração central*".

21. É líquido, portanto, que a circunstância da realização de determinadas

[49] Direito do Urbanismo, "Obras de construção e o seu licenciamento", INA, 1989, pág. 426, Nota 3.

obras estar sujeita à aprovação da administração central não as isenta da necessidade de ser assegurado o respectivo licenciamento municipal.

22. Acrescidamente, devo lembrar a V.Exa. que, mesmo as obras promovidas pela administração directa do Estado são submetidas a parecer da câmara municipal [cf. art. 3º, n.ºs 1, alínea c) e 3] . Estranhar-se-ia, portanto, que a câmara municipal fosse chamada a dar parecer (embora não vinculativo) sobre uma obra promovida pela administração directa do Estado e nenhuma intervenção lhe fosse reservada na situação da mesma obra ser da responsabilidade de uma entidade particular (pessoa singular ou colectiva).

23. Uma vez que a obra em apreço não foi licenciada, é ilegal.

24. O exercício das competências de polícia administrativa por parte das câmaras municipais resultava já da disciplina do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, aprovado pelo Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, que dispõe que a execução de novas edificações "*não pode ser levada a efeito sem prévia licença das câmaras municipais, às quais incumbe também a* [sua] *fiscalização*" (cfr. art.s 1º e 2º). E, de igual modo, o art. 51º, do citado Decreto-Lei n.º 445/91, atribui às câmaras municipais a incumbência de fiscalizar o cumprimento das disposições do regime legal urbanístico.

25. Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 54º do Decreto-Lei n.º 445/91, constitui contra-ordenação a execução das obras mencionadas sem alvará de licença de construção [alínea a)] ou em desacordo com o projecto aprovado [alínea b)].

26. Nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 54º, deste diploma, a execução de obras de construção civil sem a respectiva licença de construção constitui contra-ordenação, punível com coima graduada de 100.000$00 até 20.000.000$00 (ou 50.000.000$00, no caso das obras serem promovidas por pessoa colectiva), e graduada de 50.000$00 até 20.000.000$00 (ou 50.000.000$00, para as pessoas colectivas).

27. Assim, a verificação da execução de trabalhos de construção civil, não pode deixar de conduzir, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do art. 54º, do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, à instauração de processo contra-ordenacional.

28. A incumbência de fiscalização do cumprimento das disposições do conferida, no presente caso, à Câmara Municipal de Lagoa, vem acompanhada, como já referi, da competência para o processamento das contra-ordenações respectivas. E a

decisão de instaurar o competente procedimento contra-ordenacional constitui, perante a verificação dos necessários pressupostos, poder vinculado da câmara municipal.

29. Com efeito, a limitação da discricionariedade não se esgota, porém, na tutela do interesse público a prosseguir, antes de estendendo a todos os demais princípios a que a acção administrativa se encontra vinculada e, em especial no caso presente, aos princípios da legalidade, da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos, da proporcionalidade, da colaboração da Administração com os particulares e da desburocratização e eficiência.

30. Assim, da conjugação das disposições dos art.s 51º e 54º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e do art. 2º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, resulta que o processamento de contra-ordenação assume, na situação em apreço, carácter vinculado.

31. Na verdade, sendo a Câmara Municipal de Lagoa competente para o processamento da respectiva contra-ordenação, e tendo comprovado a violação do disposto no art. 1º, n.º 1, al. a), do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, e, acrescidamente, do disposto nos art.s 112º, 113º e 114º, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, não pode deixar de ser instaurado aquele procedimento.

32. Nos termos do disposto no art. 57º do Regime do Licenciamento das Obras Particulares e no art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, a competência para decretar o embargo das obras executadas sem licença camarária ou em desconformidade com os seus termos pertence ao Presidente da Câmara.

33. O art. 58º do Decreto-Lei n.º 445/91 e o art. 165º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, prevêem, igualmente, a faculdade de ser ordenada a demolição das obras executadas ilegalmente.

34. Nos termos do disposto no art. 59º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro, na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 250/94, de 15 de Outubro, constitui crime de desobediência "*o desrespeito dos actos administrativos que determinem o embargo, a demolição, a reposição do terreno na situação anterior à infracção ou a entrega do alvará de licença de construção*".

35. A posição da Câmara Municipal de Lagoa, expressa no ofício n.º 6417, de 31/07/98, integra uma situação de renúncia de competência.

36. Com efeito, o art. 51º do Regime Jurídico do Licenciamento das Obras Particulares determina que compete à câmara municipal, com a colaboração das autoridades administrativas e policiais, a fiscalização do cumprimento das suas disposições; da mesma forma, o art. 2º do Regulamento Geral das Edificações Urbanas

dispõe que incumbe às câmaras municipais a fiscalização do cumprimento da sua disciplina jurídica.

37. A competência para instaurar procedimentos contra-ordenacionais é, nos termos do disposto no n.º 10 do art. 55º do Decreto-Lei n.º 445/91, de 20 de Novembro e no art. 161º do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951, da câmara municipal.

38. Ao não determinar a instauração de procedimento contra-ordenacional, a Câmara Municipal de Lagoa recusa o exercício da sua competência própria de fiscalização do Regime Jurídico do Licenciamento das Obras Particulares.

39. Nos termos do disposto no art. 29º do Código do Procedimento Administrativo, a competência é irrenunciável e inalienável, sendo nulo todo o acto que tenha por objecto a renúncia ao exercício da competência legalmente conferida.

40. Devo, acrescidamente, chamar a atenção de V.Exa. para a disciplina contida na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, relativa aos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos cometidos no exercício das suas funções.

41. Nos termos do disposto no art. 12º, epigrafado "denegação de justiça", "o titular do cargo político que no exercício das suas funções se negar a administrar a justiça ou a aplicar o direito que, nos termos da sua competência, lhe cabem e lhe foram requeridos será punido com prisão até dezoito meses e multa até 50 dias".

42. Não obstante, nos termos do disposto no art. 167º, do Regulamento Geral das Edificações Urbanas, pode ser requerida a legalização dos trabalhos realizados em desrespeito pelas pertinentes disposições urbanísticas.

43. No entanto, a legalização destes trabalhos de construção civil apenas poderá ocorrer caso se "reconheça que são susceptíveis de vir a satisfazer os requisitos legais e regulamentares de urbanização, de estética, de segurança e de salubridade" (cf. art. 167º, n.º 1, do Decreto n.º 38.382, de 7 de Agosto de 1951).

44. A legalização das obras realizadas sem licença é o único meio de evitar a demolição dos trabalhos ilicitamente erigidos (cf. corpo do mencionado art. 167º) mas somente se se verificar a susceptibilidade dos trabalhos realizados virem a conformar-se com as disposições relativas a urbanização, estética, segurança e salubridade. Caso não possa ser evitada, nos termos do disposto no mencionado artigo, por não estarem reunidas as condições urbanísticas, de estética, de segurança ou de salubridade para a legalização, a consequência será, obrigatoriamente, a demolição dos trabalhos realizados sem a necessária licença camarária, ao abrigo do disposto no art. 165º, do

Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

III
Conclusões

45. Pelas razões que deixei expostas e no exercício do poder que me é conferido pelo disposto no art. 20º, n.º 1, alínea a), da Lei 9/91, de 9 de Abril,

Recomendo

A. Que a Câmara Municipal de Lagoa exerça as suas competências próprias definidas no regime jurídico do licenciamento das obras particulares, designadamente as relativas à fiscalização da legalidade urbanística na área do respectivo concelho;

B. Que, relativamente à obra promovida pelo senhor J... de construção de um muro na orla marítima, em Água de Pau, a Câmara Municipal de Lagoa informe o interessado da necessidade de ser assegurado o licenciamento dos respectivos trabalhos de construção civil;

C. Que, ainda relativamente à obra promovida pelo senhor J... de construção de um muro na orla marítima, em Água de Pau, sejam exercidas as competências previstas no disposto nos art.s 51º, 54º, 55º, 57º e 58º, do Regime Jurídico do Licenciamento das Obras Particulares, nos termos acima expostos.

Recomendação acatada

3.

Acórdãos do Tribunal Constitucional publicados neste ano em resposta a iniciativa do Provedor de Justiça

No ano de 1998 foi publicado um acórdão do Tribunal Constitucional em processo de iniciativa do provedor de justiça.

Processo R-2454/89

O provedor de justiça requerera, em 17.06.1993, ao Tribunal Constitucional a declaração com força obrigatória geral das normas contidas no art. 4º, n.ºs 1 e 3, do Decreto-Lei n.º 103-B/89, de 4 de Abril, por motivo de violarem a regra da limitação dos poderes de tutela administrativa do Governo sobre as autarquias locais à legalidade e ainda por lesarem direitos próprios dos municípios. Tratava-se com estas normas, bem como com as normas orçamentais que anualmente as executaram (e cuja inconstitucional se pediu também que fosse declarada) de habilitar o Governo a reter receitas próprias do Fundo Equilíbrio Financeiro para cumprimento de obrigações dos municípios para com a EDP, Electricidade de Portugal, SA, devidas ao fornecimento de energia eléctrica. Invocou, para tanto, o disposto nos arts. 243º, n.º 1, e 254º da Constituição.

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 260/98, de 5 de Março, posteriormente rectificado pelo acórdão n.º 335/98, de 6 de Maio, veio a decidir positivamente, considerando que a retenção por parte do Governo das citadas receitas exorbitava dos estritos parâmetros da tutela administrativa, ao admitir que o Estado se substituisse à empresa pública credora, consignando parte das receitas municipais a determinada despesa e procedendo ao cumprimento da obrigação.

II

Da Actividade Extraprocessual

1.

Participação do Provedor de Justiça em reuniões internacionais

1.1. I REUNIÃO MEDITERRÂNEA DE INSTITUIÇÕES NACIONAIS DE PROMOÇÃO E PROTECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Marrakesch, Marrocos, 27-29 de Abril

Nos dias 27, 28 e 29 de Abril de 1998, realizou-se em Marrakesch, no Reino de Marrocos, sob o alto patrocínio de Sua Majestade o Rei Hassan II, a I Reunião Mediterrânea de Instituições Nacionais de promoção e protecção dos direitos humanos, congregando representações de instituições de diversa índole da quase totalidade dos países da região.

A organização esteve a cargo do Conselho Consultivo para os Direitos Humanos do Reino de Marrocos e da Comissão Nacional para os Direitos Humanos da República Francesa. Impedido de comparecer pessoalmente, o provedor de justiça fez-se representar por um adjunto do seu Gabinete.

Os trabalhos incidiram sobre as relações entre as duas margens da bacia do Mar Mediterrâneo, particularmente no que ao fenómeno migratório diz respeito, bem como sobre o melhor conhecimento da actividade de cada uma das instituições no seu quadro jurídico próprio. No último dia dos trabalhos foi aprovada uma declaração final apelando a uma mais estreita colaboração entre as diversas instituições nacionais, para o que foi criado um comité de acompanhamento, formado por representantes de Marrocos, França, Espanha, Itália, Portugal, Argélia, Tunísia e Malta.

1.2. III CONFERÊNCIA DO OMBUDSMAN ASIÁTICO

Macau, 3-8 de Maio

O provedor de justiça participou na III conferência do Ombudsman Asiático, que se realizou em Macau, nos dias 3 a 8 de Maio, organizada pelo Alto Comissário para a Corrupção e Legalidade Administrativa.

Subordinada ao tema geral "O papel de acompanhamento do Ombudsman na sociedade de hoje", a primeira sessão abordou as questões ligadas ao papel do Ombudsman como refúgio do cidadão na participação da construção equilibrada da sociedade, a segunda sessão abordou a problemática da função de mediação na resolução de conflitos e a terceira sessão tratou dos principais desafios que se colocam aos Ombudsman asiáticos, concretamente ao nível da melhoria do bem-estar das populações.

Na terceira sessão o provedor de justiça apresentou uma comunicação que versou sobre o tema "O Ombudsman como amparo dos cidadãos na construção de uma sociedade e de um ambiente equilibrados", na qual se evidenciou a importante missão de vigilância que cabe aos Ombudsman na preservação do ambiente e da ecologia, através da identificação das fragilidades da legislação e dos regulamentos destinados a proteger o ambiente, chamando a atenção do legislador para tal facto.

1.3. SEMINÁRIO "O OMBUDSMAN E AS INSTITUIÇÕES NACIONAIS DE PROTECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS" Organizado pela OSCE, UNDP, Conselho da Europa e pelo Ombudsman Polaco

Varsóvia, Polónia, 25-28 de Maio

O provedor de justiça fez-se representar no Seminário "O Ombudsman e as Instituições Nacionais de Protecção dos Direitos Humanos" que se realizou em Varsóvia, na Polónia, entre 25 e 28 de Maio de 1998, organizado pela OSCE - Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), pela United Nations Development Programme (UNDP), pelo Conselho da Europa e pelo Provedor Polaco, e no qual participou a generalidade dos países membros do Conselho da Europa.

O objectivo do Seminário, reflectido nos termos abordados, foi o de informar os representantes dos países em transição para regimes democráticos da Europa de Leste e da Ásia Central, especialmente os provenientes da União Soviética, acerca das formas de organização e de funcionamento do Ombudsman e das instituições nacionais de protecção dos direitos do homem.

Neste sentido, os temas objecto de exposição e de debate foram, em especial, a organização interna destas instituições, as suas relações com outras autoridades públicas e com o poder judicial, a criação de planos nacionais de educação em direitos humanos, e o aparecimento e a existência de Ombudsman na Europa.

A comunicação portuguesa teve por objecto explicar o modelo legal, de organização interna e de funcionamento e a experiência do provedor de justiça.

1.4. I CURSO DE FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DO OMBUDSMAN IBEROAMERICANO

Madrid, Espanha, 8-9 Março

O provedor de justiça participou na sessão inaugural do I Curso de Fortalecimento Institucional do Ombudsman, no dia 9 de Março, na Universidade de Alcalá de Henares, em Madrid, a qual contou ainda com intervenções do reitor da Universidade de Alcalá (Prof. Dr. Manuel Gala), do ex-presidente do Perú (D. Fernando Belaunde Terry), do Provedor Europeu (Jacob Söderman) e do Defensor del Pueblo de Espanha (D. Fernando Alvarez de Miranda).

Os objectivos que presidiram ao curso foram a aprendizagem e a formação do pessoal destas instituições, através do intercâmbio de experiências e de observação e prática da instrução dos processos e conhecimento prático institucional.

Após a frequência da parte escolar do curso na universidade de Alcalá de Henares, entre 9 e 21 de Março, os participantes dividiram-se entre os gabinetes do Defensor del Pueblo de Espanha, do provedor de justiça de Portugal, do Defensor del Pueblo de Andaluzia, do Justicia de Aragão e do Sindic de Greuges da Catalunha, entre os dias 23 e 27 de Março, para um contacto com estas instituições.

O provedor de justiça recebeu em Lisboa 3 colaboradores de instituições congéneres do Perú, da Colômbia e do Estado brasileiro do Paraná. Do programa, cuja abertura esteve a cargo do provedor de justiça, constou a apresentação geral da Provedoria de Justiça e das várias Áreas temáticas, bem como da extensão nos Açores, do Gabinete do provedor e da Linha Verde "Recados da Criança". Os bolseiros foram integrados na sua área de preferência, a fim de contactarem com os processos e participarem no quotidiano da instrução das reclamações. Foram também, efectuadas visitas ao Tribunal Constitucional e à Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

1.5. REUNIÃO DE PROVEDORES IBERO-AMERICANOS

Porto, 24 a 27 de Setembro.

Por ocasião da realização em Portugal da Cimeira Iberoamericana no ano de 1998, realizou-se na cidade do Porto, de 24 a 27 de Setembro, uma reunião de Ombudsmen, em que participaram, além do provedor de justiça, representantes dos seguintes países: Argentina, Colômbia, Costa Rica, Espanha, Guatemala, Honduras, Macau, México, Panamá, Perú e Provedor da Província de Córdoba (Argentina).

No final da reunião foi aprovada por unanimidade a seguinte declaração:

"DECLARAÇÃO DO PORTO"

O provedor de justiça, os Defensores do Povo, Procuradores, Comissionados, Presidentes de Comissões Públicas de Direitos Humanos, e o Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa de Macau reunidos no Porto no âmbito da Federação Ibero Americana de Ombudsman (FIO) no dia 25 de Setembro de 1998, por ocasião da oitava Cimeira Iberoamericana de Chefes de Estado e de Governo a realizar no mês de Outubro na referida cidade portuguesa deliberam o seguinte:

1. Expressar a necessidade de promover e consolidar a instituição do Ombudsman mediante a sua incorporação nos textos constitucionais e a adopção de legislação que reconheça as competências necessárias para o desenvolvimento da sua função. Sublinham o dever dos Estados de colaborar com os Ombudsmen e seus colaboradores no desempenho do seu trabalho, reconhecendo as suas competências, assim como atribuindo os recursos necessários para o desenvolvimento das suas funções com plena independência política e funcional. Em especial solicitam às autoridades nacionais da Nicarágua e Paraguai que ponham em funcionamento a instituição já criada na legislação e saúdam o Presidente do Chile pela promoção da criação dessa figura proximamente no seu país.

2. Expressar o seu compromisso de reforçar a sua capacidade para facilitar o acesso da sociedade civil às instituições públicas e contribuir assim para a solução das reclamações dos cidadãos.

3. Manifestar a sua preocupação pela violência política e social que afecta alguns dos seus países. Face a isto comprometem-se a fomentar uma cultura de paz, desenvolvimento, segurança dos cidadãos e de solidariedade, fazendo que a dignidade da pessoa se converta no valor supremo da sociedade e do Estado. Nessa medida, os Ombudsmen assumem a responsabilidade de promover a construção da paz, contribuir para o esclarecimento da verdade e combater firmemente a impunidade.

4. Propor uma mais eficaz supervisão das instituições do Estado para impôr práticas de bom governo que respondam às necessidades concretas dos cidadãos, participando os Ombudsmen activamente nos processos de reforma do Estado e simplificação administrativa. Neste sentido deseja-se um maior acesso à justiça por parte de todos, superando toda a forma de denegação da mesma. Sublinham a importância da participação dos Ombudsmen nos processos de reforma judicial.

5. Destacar que no contexto do processo de privatizações, se impõe a necessidade que os serviços públicos básicos sejam acessíveis à população em geral, especialmente os de menores recursos, afim de melhorar a sua qualidade de vida. O âmbito de actuação dos Ombudsmen deve incidir a exemplo da legislação portuguesa nas relações entre particulares que impliquem uma especial relação de domínio, no âmbito da protecção de direitos, liberdades e garantias.

6. Reiterar o princípio da igualdade e da não discriminação entre os seres humanos. Comprometem-se a impulsionar nos seus países as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra as mulheres.

7. Renovar o seu compromisso em favor das políticas estatais que reconhecam a pluralidade étnica e cultural que caracteriza as nossas sociedades mantendo a sua decisão de criar programas especializados para a defesa dos direitos dos povos indígenas executados por pessoal capaz para comunicar e compreender a sua vivência.

8. Reconhecer o importante trabalho que desenvolvem os meios de comunicação social na informação e análise de temas de interesse público no âmbito das liberdades de expressão, informação e opinião fundamentais para a democracia e para os direitos humanos.

9. Reconhecer o valioso trabalho daqueles que na sociedade civil defendem os direitos humanos e denunciam os actos de agressão produzidos contra aqueles. Exortam os governos e as organizações internacionais a adoptar medidas eficazes para a sua protecção, incluindo a adopção de instrumentos normativos que garantam o seu trabalho.

10. Expressar que o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional de carácter permanente é um passo fundamental para a luta contra a impunidade e uma eficaz defesa dos direitos humanos.

11. Pedir à Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos que tome em

consideração o anseio das instituições de defesa dos direitos humanos (defensores do povo, provedores, procuradores, comissionados e presidentes de comissões) de ter um espaço próprio e diferenciado nas deliberações anuais da Comissão de Direitos Humanos em Genebra.

12. Solicitar ao Director Geral da UNESCO a convocatória de uma nova reunião de Ombudsmen Ibero-Americano para a cultura de Paz, continuando assim os esforços iniciados em Antigua, Guatemala, em Junho de 1996, na reunião sobre Direitos Humanos e Cultura de Paz.

13. Reconhecer o trabalho que vem desempenhando o Instituto Interamericano de Direitos Humanos e a Comissão Andina de juristas na promoção e consolidação do Ombudsman.

14. Saudar o povo de TIMOR LESTE, expressão também da cultura iberoamericana, apelando à ONU para que faça cumprir as suas resoluções sobre o seu direito à autodeterminação, promovendo-se de imediato a libertação de todos os prisioneiros políticos e o exercício efectivo dos direitos liberdades e garantias.

15. Submeter respeitosamente aos chefes de Estado e de governo reunidos no Porto Portugal, por ocasião da oitava cimeira ibero americana a seguinte proposta para ser incluída na declaração final que venham a adoptar: "Os Chefes de Estado e de Governo declaram que estão convencidos de que o aperfeiçoamento do sistema democrático passa necessariamente pelo fortalecimento das instituições que garantam o estado de direito e o mais estrito respeito dos direitos humanos. Para isso, conscientes da necessidade de contar com instrumentos de vigilância que contribuam de forma independente para a plena governabilidade em democracia dos nossos países e contem com suficiente legitimidade perante os cidadãos, reiteram o seu apoio à figura dos Defensores del Pueblo, Procuradores e Comisionados Nacionales de Derechos Humanos, e Provedores de Justiça em toda a Comunidade Ibero Americana. Por isso apoiam a promoção desta instituição nos países que ainda a não possuem, felicitam-se pelo modelo de colaboração institucional que supõe a união dos Ombudsmen da nossa região na Federação Ibero Americana de Ombudsmen (FIO), ao mesmo tempo sublinham a sua importância como foro apto para garantir uma defesa mais eficaz e coordenada das garantias fundamentais na IberoAmerica, de acordo com as disposições contidas na Declaração aprovada no Terceiro Congresso anual da Federação, realizado em Setembro de 1998 na cidade de Lima, Peru."

16. Manifestar a sua gratidão ao senhor provedor de justiça de Portugal, José Menéres Pimentel e por seu intermédio às autoridades nacionais e da cidade do Porto e em especial ao povo de Portugal, pelo afecto e gentileza com que foram recebidos no seu país. Igualmente desejamos expressar o nosso agradecimento à organização desta reunião.

Realizada em Portugal, na cidade do PORTO, aos vinte e cinco dias do mês de Setembro de mil novecentos e noventa e oito.

1.6. COLÓQUIO “NAS NOSSAS MÃOS – A EFECTIVIDADE DA DEFESA DOS DIREITOS DO HOMEM, 50 ANOS PASSADOS SOBRE A DECLARAÇÃO UNIVERSAL”

Estrasburgo, França, 2-4 de Setembro

Realizou-se em Estrasburgo, nos dias 2 a 4 de Setembro de 1998, um Colóquio do Conselho da Europa subordinado ao tema “Tous Concernés. L’effectivité de la protection des droits de l’homme 50 ans après la Déclaration Universelle”.

O referido colóquio teve seis temas discutidos durante quatro sessões. Após a abertura realizada

pelo Secretário Geral do Conselho da Europa e pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos do Homem, foram discutidos os seguintes temas: violações estruturais e massivas dos direitos do homem; direitos sociais; o desafio da indivisibilidade e da interdependência; a efectividade dos direitos da mulher; acções efectivas no plano nacional da protecção dos direitos do homem; acções efectivas no plano internacional da protecção dos direitos do homem; e promoção dos direitos do homem: informação, educação e formação.

1.7. III CONGRESSO ANUAL DA FEDERAÇÃO IBERO--AMERICANA DE OMBUDSMAN

Lima, Peru, 6-9 de Setembro

Entre 6 e 9 de Setembro, teve lugar em Lima, Peru, sob a organização do Defensor del Pueblo, *Dr. Jorge Santistévan de Noriega*, o III Congresso da F.I.O., em cujos trabalhos tomou parte o provedor de justiça, nomeadamente, como comentador no painel "*O Ombudsman e a Justiça*", a partir da conferência proferida pelo Doutor Diego García Sayán, Director Executivo da Comissão Andina de Juristas.

Das demais temas discutidos destacam-se "*O direito à Paz*", "*O Ombudsman e os direitos da Mulher*", "*Os direitos dos povos indígenas*" e "*Serviços públicos, privatização e o Ombudsman*".

Na conclusão dos trabalhos, sob a presidência de D. Fernando Alvarez de Miranda, *Defensor del Pueblo* de Espanha, foi aprovada a Declaração de Lima. Ali são instadas as autoridades constitucionais do Equador, Paraguai e Nicarágua a instalar o Ombudsman, já criado legislativamente em cada um destes países e saudado o provedor de justiça, ao tomar a iniciativa de promover no Porto um *Fórum* dos Ombudsman ibero-americanos, antecedendo a VIII Cimeira Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo. Do mesmo passo, foi reclamada a criação do Tribunal Penal Internacional.

Concomitantemente, reuniu a Assembleia Geral da F.I.O., contando com a participação das representações nacionais argentina, boliviana, colombiana, costa-riquenha, salvadorenha, espanhola, guatemalteca, hondurenha, mexicana, panamiana, peruana e portuguesa, para além da intervenção das estruturas do Ombudsman regionais e locais de alguns destes países.

1.8. ENCONTRO ANUAL E VI MESA-REDONDA DO CONSELHO DA EUROPA COM OS OMBUDSMEN EUROPEUS

Malta, 6-9 de Outubro

Pela sexta ocasião, e na sequência da Resolução (85) 8, de 23 de Setembro de 1985, sobre a Cooperação com os Ombudsmen dos Estados membros, o Conselho da Europa promoveu uma reunião das suas estruturas com os Ombudsmen europeus, a qual teve lugar em St.Julians, Malta, entre 6 e 9 de Outubro, do mesmo passo que, por iniciativa do *Parliementary Ombudsman* maltês, se realizou o Encontro Anual dos Ombudsmen da Europa.

Nesta ocasião, foi apresentado e apreciado um estudo comparativo dos relatórios de actividades de cada uma das instituições europeias congéneres do provedor de justiça, o qual esteve a cargo de Joseph Sammut, Ombudsman de Malta.

Da participação portuguesa realça-se a apresentação de uma conferência sobre o direito de asilo em Portugal e a intervenção do provedor de justiça neste domínio dos direitos, liberdades e garantias.

Dos outros temas discutidos nas sessões, sublinha-se o estatuto dos presos e outros detidos, para além da Cooperação entre os Ombudsmen e o Conselho da Europa, tema que habitualmente preenche uma das sessões de cada Mesa-Redonda. Neste ponto, foi abordada a criação de um Comissário do Conselho da Europa para os direitos do Homem e o estreitamento das relações dos Ombudsmen.

Nesta Mesa Redonda, à semelhança das anteriores (Madrid, 1985, Estrasburgo, 1988, Florença, 1991, Lisboa, 1994, e Limassol, 1996) tomaram parte, além dos Ombudsman nacionais e regionais dos Estados membros do Conselho da Europa, diversos representantes das estruturas desta organização

europeia com especiais responsabilidades em matéria de direitos do Homem (v.g. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Comissão Europeia dos Direitos do Homem, Comité para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos e Degradantes, Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância e Comité Consultivo no quadro da Convenção para a protecção das Minorias Nacionais).

2.

Discursos e Intervenções do Provedor de Justiça

2.1. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NO ENCONTRO REALIZADO NO COLÉGIO UNIVERSITÁRIO MONTES CLAROS, SUBORDINADO AO TEMA CORRUPÇÃO E POLÍTICA

2 de Fevereiro de 1998

O Estado, o poder político e a corrupção - Algumas questões

Início esta intervenção parafraseando as famosas palavras de Churchill, que definia a democracia como "o pior dos sistemas com excepção de todos os outros". Aliás, é neste contexto que surge a definição do filósofo Norberto Bobbio que define o sistema democrático como "um sistema melhor do que aqueles que o precederam e lhe sucederam até ao momento". E iniciei a minha intervenção introduzindo a ideia de democracia, uma vez que é neste sistema político que constitucionalmente se estrutura o actual Estado de Direito que assenta na ideia de soberania popular.

Historicamente, em face da crescente complexidade do processo técnico-económico, vem a considerar-se necessária a intervenção do Estado, quer para sanar crises económicas, quer para evitar a ruptura da ordem social que ao Estado cumpre garantir. O Estado é desse modo chamado a desempenhar novas funções económicas e sociais.

Essa função garantística de realização dos objectivos propostos pelo Estado Social e de Bem Estar tem que ser suportada pelo recurso a meios e instrumentos de acção que podem colocar em causa, nomeadamente, os princípios da igualdade e imparcialidade. De facto, o Estado para fomentar o progresso económico esocial de modo eficaz, não pode ser-lhe recusado o poder de dirigir os investimentos públicos, bem como, ao que aqui interessa, de escolher o candidato que entende mais habilitado para prosseguir o interesse público no caso concreto.

É nesta medida que ao desenvolvimento da máquina burocrática do Estado, necessária à plúrima satisfação das necessidades da sociedade, se vai associar a corrupção do poder administrativo, O poder burocrático, segundo Max Weber, pela sua superioridade técnica origina um processo de apropriação do poder e como tal o seu domínio atrai os indivíduos ou os grupos a aproximarem-se da Administração com a finalidade de obterem proveitos dessa relação preponderante. A corrupção da Administração - ou melhor, dos seus funcionários e agentes - tem na sua génese a evolução da estrutura burocrática que a tomou um alvo atraente.

A esta circunstância está intimamente ligada a dimensão em termos de pessoal da Administração Pública, que tem atingido nas democracias europeias números significativos de ocupação da população activa (v.g., França, Portugal, Espanha). A proliferação de serviços e a complexidade das estruturas hierárquicas, toma inevitável uma perda de controlo da actividade dos subalternos pelo superiores hierárquicos. Este distanciamento é gerador de uma permissividade no exercício de funções, aproveitável por funcionários menos escrupulosos que procuram retirar proveitos ilícitos do exercício das suas obrigações legais.

Questão da maior actualidade é a actuação dos denominados grupos de interesse e das suas relações, agora, com o poder executivo. Estes podem definir-se como as entidades dotadas de permanência e organização, destinadas à influência da decisão política em seu favor. A este propósito Marcello Caetano referia que o grupo de pressão, diferente do partido, não se propõe a conquista e o exercício do poder, mas apenas a orientação do poder em certo sentido.

Entre os empresários relacionados com a administração, contam-se "cartéis" mais ou menos formalizados, que preferem fundar o seu êxito económico sobre as relações privilegiadas com os responsáveis das despesas públicas, prevalecendo-se de conhecimentos políticos e não de competências profissionais ou de recursos da empresa.

As relações que podem estabelecer-se entre grupos de interesse e partidos políticos obrigam a destacar que:

i) os grupos podem proporcionar aos partidos recursos financeiros e apoio técnico, de que as campanhas eleitorais são exemplo, bem como de uma determinada massa eleitoral;

ii) os partidos podem proporcionar aos grupos, a inclusão nos seus programas de algumas exigências e mesmo a inclusão nas suas listas de elementos desses grupos.

Nesta medida, a corrupção ao nível do poder executivo constitui uma mútua atracção, dado que permitiria, embora ilicitamente, a satisfação dos interesses em presença.

Ilustrativo desta questão é o exemplo alemão, onde os escândalos de corrupção, estão associados ao financiamento dos partidos e não aos funcionários da Administração pública. O mais espectacular caso de corrupção na história do processo de democratização do pós-guerra, o caso "Flick", constitui exuberante demonstração disso mesmo.

No início dos anos 80 descobriu-se que o consórcio Flick financiava regularmente todos os partidos de Bona com donativos provenientes de um "saco azul", em troca de isenção fiscal. Nessa altura o consórcio tinha vendido a sua parte da Daimler Benz e em condições normais deveria ter pago 56% de impostos sobre um montante de rendimentos que se elevava a vários milhares de milhões de marcos. Estes impostos foram suprimidos em virtude de uma medida derrogatória apoiada tanto pelo ministro da economia de então, como pelo seu sucessor.

A corrupção aparece, por outro lado, como particularmente difusa tanto nos partidos dos notáveis (por exemplo em França), como nos partidos de eleitores (Espanha), ou ainda nos partidos de massas (como em Itália e na Alemanha). Se no primeiro caso a corrupção política se pode desenvolver para remediar a carência dos canais internos de financiamento, nos outros a corrupção pode ser considerada como um meio de corresponder às exigências das pesadas burocracias dos partidos.

As necessidades financeiras dos partidos políticos constituem, assim, um factor importante nesta questão. A propaganda política, "naturalmente" imposta pelo sistema democrático constitui assim um factor gerador de corrupção. Exemplo de combate a este tipo de situações é dado pelos Estados Unidos, onde existe um registo dos lobbies e dos seus interesses.

É também tendo presente esta orientação que em Portugal a Lei de Financiamento dos Partidos Políticos e das Campanhas Eleitorais (Lei n.º 72/93, 30 de Novembro, alterada pela Lei n.º. 27/95, de 18 de Agosto) consagra o principio da transparência, obrigando a que constem de listas próprias, exaustivamente discriminadas, anexas à contabilidade dos Partidos, os donativos concedidos por pessoas colectivas.

As contas dos Partidos são enviadas ao Tribunal Constitucional anualmente, que as aprecia e se pronuncia pela regularidade e a legalidade das mesmas. O Tribunal na sua apreciação pode, se necessário, recorrer aos serviços de empresas de auditoria ou a revisores oficiais de contas. O acórdão do Tribunal conjuntamente com as listas referidas anteriormente, é publicado no Diário da República, garantindo-se, desse modo, o seu conhecimento público.

Estas soluções legislativas vêm, de algum modo, ao encontro das teorias do economista Rose-Ackerman que verificando o elevado custo social da corrupção nos Estados Unidos, propôs através do recurso a um quadro jurídico alterado a transformação dos subornos em pagamentos legais. Esta proposta de legalização das transacções ocultas coloca, segundo o próprio autor, problemas complexos para as políticas redistributivas visadas ou para os procedimentos de atribuição de contratos públicos.

Nos partidos, a corrupção reduz a capacidade de elaborar programas a longo prazo, de mobilizar recursos ideológicos, de distribuir incentivos à participação. Se a política oculta triunfa sobre a visível, a lógica do grupo prevalece sobre a procura de uma maior participação.

Em relação aos políticos, a preocupação de transparência faz com que os deputados estejam obrigados a um registo de interesses, criado na Assembleia da República, pela Lei n.º 24/95, de 18 de Agosto (que alterou o Estatuto dos Deputados). O registo de interesses consiste na inscrição em livro

próprio, de todas as actividades susceptíveis de gerarem incompatibilidades ou impedimentos e quaisquer actos que possam proporcionar proveitos financeiros ou conflitos de interesses. Esse registo é público e pode ser consultado por qualquer pessoa que o solicitar.

Do mesmo modo os deputados estão sujeitos a uma extensa lista de impedimentos e incompatibilidades legais, que chega, no caso dos impedimentos aplicáveis a sociedades, para além do cônjuge, aos seus ascendentes e descendentes em qualquer grau e aos colaterais até ao segundo grau.

A Lei n.º 4/83, de 2 de Abril, alterada pela Lei n.º 25/95, de 18 de Agosto, consagra o regime do controlo da riqueza dos titulares de cargos políticos e equiparados. Estipula-se a obrigatoriedade de apresentação de uma declaração dos seus rendimentos, bem como do seu património e cargos sociais, quer após a tomada de posse, quer após a cessação de funções. A declaração deve ainda ser renovada anualmente.

Em atenção ao princípio da transparência, qualquer cidadão pode consultar as declarações e as decisões previstas na lei que incidirem sobre as mesmas, sendo livre a divulgação do respectivo conteúdo.

Ainda quanto ao poder político, a corrupção política está ligada, segundo alguns autores, à presença de profissionais da política, ou seja, segundo a definição de Weber, à existência de homens políticos que "vivem da política" procurando retirar dela vantagens extrínsecas ou instrumentais, que se opõem aos que "vivem para a política" e que retiram gratificações intrínsecas e ideológicas. Enfim, uma utilização da política como via rápida de ascensão social e económica.

Lado a lado com esta ascensão social, uma outra motivação aparece frequentemente na carreira dos administradores corruptos: o laço indissociável entre posições públicas e actividades económicas exercidas no seio de empresas privadas. Para não dar senão um exemplo, tão válido em França como em Inglaterra, as situações de corrupção multiplicam-se pela prática das grandes empresas que consiste em recrutar administradores públicos na reforma, nomeadamente para exercerem cargos de consultores. Esta prática de passagem de um alto funcionário para os quadros de uma empresa, permite, por um lado, aos altos funcionários utilizar as informações obtidas graças às suas posições no seio das instituições para se enriquecerem e, simultaneamente, às empresas que os remuneram. E, por outro lado, uma convivência com a esfera do poder que permite às empresas o acesso a informação privilegiada, que pode consubstanciar a prática do chamado inside trading.

Do ponto de vista económico, segundo a teoria económica de Becker, que concebe toda a sociedade como um contínuo de mercados, cada um dos nossos actos é guiado por um cálculo utilitarista custos/benefícios, tomado possível pela existência de um preço monetário associado a cada bem e serviço que possua uma utilização alternativa. Todo o comportamento seria assim susceptível de ser analisado como uma arbitragem a operar num mercado.

Este princípio da maximização da utilidade levará o indivíduo a um cálculo antecipador das vantagens e dos custos, incluindo aqui o montante das sanções ponderado pelo risco de ser descoberto. O custo da sanção é calculado pela perda de ganho imposta ao indivíduo pela duração da pena de reclusão e/ou segundo o montante da multa.

Do mesmo modo, o raciocínio exposto se aplica ao político, que do exercício das suas funções procura obter vantagens ilícitas para si ou para terceiros.

Perante esta circunstância o Estado deverá impor sanções juridicamente adequadas a tomar esse cálculo económico de prognóse desfavorável ao indivíduo prevaricador, de modo a tomar, logo do ponto de vista da racionalidade económica, a corrupção como não compensadora. Isto é, a sanção jurídica deve ser adequada a absorver os proveitos ilícitos alcançados, para além de penalizadora.

Para compreender o novo interesse suscitado pelo problema da corrupção na opinião pública, devem ainda tomar-se em consideração outros factores:

i) O primeiro diz respeito ao surgimento de novas forças sociais como a imprensa, aliada ao

chamado jornalismo de investigação;

ii) o segundo refere-se à acção da magistratura, onde, por exemplo, a operação "mani pulite" aplicou um golpe fatal no regime corrompido da República italiana.

O jornalismo de investigação desenvolvido pelos órgãos de comunicação social permite a exposição pública dos casos de corrupção. E, em razão da enorme capacidade que têm de penetração no tecido social, colocam os casos de corrupção na "praça pública", gerando na opinião pública um particular interesse por esta questão.

Contudo, esta circunstância é igualmente possibilitadora de situações de "corrupção" da comunicação social às solicitações a que podem estar sujeitas, tendentes a ocultar os resultados obtidos com as investigações.

Também a acção dos Tribunais nesta matéria assume um papel essencial. Efectivamente, as penas que forem aplicadas não podem deixar de ter associado uma finalidade de prevenção geral, dissuasória de condutas idênticas.

Por outro lado, o julgamento e as condenações destes casos criam na comunidade um sentimento de confiança em relação ao Direito e ao sistema de garantias do Estado. Isto é, os cidadãos sabem que quem comete este tipo de crimes está sujeito a uma tutela jurisdicional efectiva e não meramente aparente.

De modo complementar, devem igualmente dotar-se os Tribunais e as polícias quer de instrumentos jurídicos, quer de meios que permitam uma eficiente investigação dos comportamentos aqui em causa. E neste contexto que surge a Lei n.º 36/94, de 2 de Setembro, que estabelece medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira.

Quanto às sanções criminais nesta matéria, o Código Penal tipifica nos artigos 372º a 373º os crimes, respectivamente, de corrupção passiva para acto ilícito, de corrupção passiva para acto licito e de corrupção activa. Para o primeiro estabelece uma sanção criminal de pena de prisão de 1 a 8 anos, para o segundo até 2 anos ou pena de multa até 240 dias e para o terceiro tipo penal uma pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

Para concluir, e tendo presente as palavras iniciais e a intimidade entre a política e a corrupção já observada pelos filósofos da antiguidade clássica, gostava de chamar a atenção para a necessidade de serem- criados mecanismos externos que garantam uma fiscalização da actividade administrativa e política.

Para além da fiscalização constitucionalmente estabelecida, de que é exemplo o Parlamento, a existência de fiscalização externa eficaz e dotada dos meios necessários, através de órgãos de reconhecido prestígio e independentes do poder administrativo e político, contribuiria para a prevenção da corrupção e para a diminuição da intimidade abusiva entre a esfera política e a esfera privada.

No aspecto da economia, as empresas deverão estar sujeitas a um controlo da opinião pública - directamente, ou através dos meios de comunicação social -através de normas muito claras sobre a apresentação dos seus relatórios, que devem incluir, também, as relações económicas com outras empresas, para além do grupo económico a que eventualmente pertençam.

Neste capitulo, assume especial relevância a divulgação dos nomes dos responsáveis, e não me refiro somente aos membros dos conselhos de administração, de modo a possibilitar-se uma dupla conferência com outros registos existentes, nomeadamente os legalmente obrigatórios para os políticos. A vigência deste princípio da publicidade, nos moldes apresentados, permitiria, também, uma melhor investigação das situações de inside trading.

Ainda uma palavra para a educação cívica. A educação para a sociedade deve, desde muito cedo, insinuar o Poder como algo transitório, afastando a ideia da política enquanto carreira.

A ideia de serviço público, só é compatível com o político que serve a sociedade e que contribui para a melhoria das condições da comunidade que representa, não daquele que na Polis utiliza o poder em beneficio pessoal. E essa a injunção decorrente do conceito de Democracia e da Soberania Popular e que

obriga à repulsa dos comportamentos desviantes da prossecução do interesse público.

Muito obrigado.

2.2. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NA SESSÃO DE ABERTURA DO I CURSO DE FORTALECIMENTO INSTITUCIONAL DO OMBUDSMAN, PROMOVIDO PELA FEDERAÇÃO IBERO-AMERICANA DE OMBUDSMEN (FIO)

Universidade de Alcalá, 9 de março de 1998.

Exm.º Senhor Reitor da Universidade de Alcalá,
Exm.º Senhor D. Fernando Belaunde,
Exm.º Senhor provedor de justiça da União Europeia,
Exm.º Senhor Defensor del Pueblo do Reino de Espanha,
Minhas Senhoras e meus Senhores,

É-me muito grato estar presente nesta prestigiada Universidade para participar na sessão inaugural do que auguro será um marco incontornável no relacionamento entre instituições que partilham o mesmo objectivo e que servem comunidades nacionais com bases culturais e históricas comuns.

A Federação Ibero-americana de Ombudsmen, em boa hora criada e a que o provedor de justiça português se orgulha de pertencer, cumpre aqui um dos seus desideratos maiores: fortalecer neste espaço geográfico e cultural uma instituição que contribui para o desenvolvimento a todos os níveis das nossas sociedades.

Sem qualquer paternalismo, mas apenas como detentores de uma experiência de duas décadas, Espanha e Portugal têm um dever moral fortíssimo de apoiar o desenvolvimento da instituição do Ombudsman na América Latina, desenvolvimento esse que não deixará também de nos beneficiar, assim melhor cumprindo o nosso papel.

O Defensor del Pueblo de Espanha pode-se orgulhar de ter feito um bom papel na América de língua castelhana. Infelizmente pela parte da América lusófona, apenas temos a experiência pioneira e bem sucedida, ao que julgo, do nosso amigo João Elias de Oliveira, Ouvidor-geral do estado brasileiro do Paraná, e que ainda se não conseguiu transpor para outros estados, menos ainda para o nível federal.

Aproveitava, assim, estes breves minutos para dar a conhecer um pouco da nossa experiência.

O provedor de justiça português resultou, na sua essência e na sua existência, da instauração da democracia, fruto da revolução de 25 de Abril de 1974. Em 1975, quase há vinte e três anos, por criação legal, e no ano seguinte com referência expressa na nova Constituição, estabeleceu-se uma instituição que, no essencial, correspondia ao modelo do Ombudsman clássico, isto é, uma entidade que sem poder decisório dava voz aos sem voz junto das entidades públicas, clamando pelo cumprimento da Lei e pela Justiça.

Eleito pelo Parlamento, por maioria de dois terços dos votos e com um mandato de quatro anos, renovável apenas uma vez, o provedor de justiça goza de total independência não podendo ser exonerado das suas funções. Goza ainda de total imunidade civil e penal quanto aos actos que pratica no exercício das sua funções. O seu orçamento é atribuído directamente pelo Parlamento, contando para o apoiar com um serviço público, a Provedoria de Justiça, com cerca de 100 pessoas, metade das quais juristas. Temos instalações em Lisboa e uma delegação no arquipélago português dos Açores, contando abrir no futuro próximo outra no arquipélago da Madeira. Recebemos em 1996 cerca de 5800 queixas e em 1997 cerca de 5000; em 1998, a manter-se o actual ritmo, chegaremos às 6000. Convém frisar que cada uma destas queixas pode ser subscrita por um número enorme de cidadãos: em 1996 recebi uma subscrita por cerca de 14 mil pessoas.

Órgão que se rege basicamente pela informalidade, quer no trato com os cidadãos quer com as

entidades visadas, ao provedor de justiça cabe, por via de queixa ou por sua própria iniciativa, tomar as medidas necessárias a convencer a administração ou, se for o caso, os órgãos legislativos, a adoptar as soluções mais adequadas a repor a legalidade ou a justiça no caso em análise. Muitas vezes é na utilização do poder de recomendar medidas legislativas, no sentido da revogação, aprovação, interpretação ou integração da lei, que se consegue alcançar a solução mais justa, não só no caso concreto, como também na miríade de casos análogos que poderiam existir ou vir a existir.

Para a instrução dos processos, a Lei atribuiu ao provedor de justiça vastos meios de investigação, em suma, todos os imagináveis que não violem os direitos fundamentais dos cidadãos. Entre os mais importantes, salientem-se o dever de colaboração de entidades públicas e privadas, traduzindo-se nomeadamente no dever de prestar esclarecimentos em determinado prazo e no dever de comparecer pessoalmente para depoimento quando tal se entenda por necessário. A violação destes deveres é penalmente sancionada com pena de prisão, por desobediência.

O provedor de justiça pode, ainda, visitar, por si ou seus colaboradores, com ou sem pré-aviso, quaisquer instalações pertencentes a entidades sujeitas ao seu controlo. Nos últimos anos, utilizando esse poder, tive ocasião de produzir vários relatórios especiais ao Parlamento, nomeadamente sobre o estado do sistema prisional, a actividade do Instituto de Reinserção Social, organismo que tem a seu cargo o apoio prisional e pós-prisional aos reclusos, bem como o apoio aos menores em risco, a articulação entre os vários níveis do Sistema nacional de Saúde na região norte do Pais, para só citar os casos mais relevantes.

No entanto, para além dos clássicos poderes de recomendação, administrativa ou legislativa, a Constituição consagrou o provedor de justiça como um dos poucos órgãos com competência para pedir ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta da constitucionalidade das normas jurídico-públicas. Estando o comum dos cidadãos afastado dessa possibilidade, o provedor de justiça acaba por ser a grande porta de acesso pela qual as pessoas tentam fazer chegar ao Tribunal Constitucional as suas preocupações e anseios quanto à constitucionalidade das normas.

É-me grato referir que este tipo de competência foi aproveitado pelos constituintes espanhóis de 1978, para no art.^{0} 162º, n.º 1, a), da Constituição desse ano, acolher competência idêntica para o Defensor del Pueblo.

O provedor de justiça é ainda, para além do Presidente da República, o único órgão com competência para solicitar ao Tribunal Constitucional a verificação da inconstitucionalidade por omissão, instituto português quase original ao nível mundial e que consiste na verificação da inexistência de normas legislativas necessárias e adequadas para que uma norma constitucional determinada possa adquirir exequibilidade. Todos os processo deste tipo que ocorreram em Portugal foram-no por iniciativa do provedor de justiça, tendo invariavelmente produzido o resultado esperado, qual seja a publicação das leis em falta.

A Constituição traça como âmbito essencial de actividade os poderes públicos. A Lei (Estatuto do provedor de justiça, da competência exclusiva da Assembleia da República) esclarece melhor este âmbito, excluindo dele os órgãos de soberania, isto é, o Presidente da República, o Parlamento, o Governo e os Tribunais, em tudo o que não seja a sua actividade administrativa. Claro está que, ao prever a mesma Lei o poder de dirigir recomendações legislativas, está a considerar como apenas afastadas do âmbito de intervenção do Provedor a chamada actividade política stricto sensu e a actividade jurisdicional.

Há ano e meio uma alteração do Estatuto veio consagrar uma interpretação liberal que se vinha fazendo do mesmo, no que toca à possibilidade de o provedor de justiça defender também os direitos fundamentais quando atacados por entidades privadas.

Se quem me ouve é leitor atento da folha informativa do IOI, terá reparado que no seu último

número foi criticada esta posição legislativa, num artigo de um colaborador do nosso querido amigo Jorge Luiz Mayorano, Defensor del Pueblo da Argentina. Além de dúvidas de constitucionalidade, apontavam-se alguns possíveis inconvenientes de ordem prática. Quanto às primeiras, atribuo-as a um evidente e compreensível menor conhecimento do direito constitucional português, nomeadamente no que toca ao quadro de vinculatividade dos direitos, liberdades e garantias. Esta alteração do estatuto, aliás, foi efectuada no seguimento de sugestão pública, proferida no Parlamento em conferência comemorativa do 20º aniversário do provedor de justiça, por um dos maiores constitucionalistas portugueses, o Professor Doutor Gomes Canotillho, catedrático da septicentenária Universidade de Coimbra. Quanto aos segundos, a cautela com que se faz uso dos poderes do Provedor, numa auto-restrição, e, perdoe-se-me a imodéstia, o prestígio que a Instituição detém em Portugal, permite utilizar esta nova competência no sentido de minimizar os conflitos sociais e não de os propiciar.

Disso é reflexo as rácios de eficácia da nossa actuação. Se metade das queixas recebidas são arquivadas por falta de fundamento, das restantes cerca de 80% resolvem-se a contento do reclamante, fazendo-se a justiça que o provedor de justiça reconheceu nas suas pretensões.

Quis, em breves palavras, traçar o quadro português. Estaremos sempre à disposição para esclarecimentos mais aprofundados, esperando que a nossa experiência vos possa ser útil.

Faço votos para que as próximas duas semanas, nesta Universidade, bem como os estágios que se seguem sejam profícuos para vós e para as instituições que representais, assim como para nós outros, que também estamos certos de ficar enriquecidos com esta oportunidade de contacto. Estou seguro que este Curso de fortalecimento institucional do Ombudsman Iberoamericano, quer na parte teórica, quer na prática, abrirá novas perspectivas.

Queria dirigir uma palavra especial aos três participantes que terei muito gosto em receber em Lisboa no próximo dia 23. Tudo faremos para que se sintam em sua casa e esforçar-nos-emos para que seja uma semana profícua.

O provedor de justiça de Portugal estará sempre à disposição para contribuir para a nossa missão comum: a defesa intransigente dos direitos humanos, especificamente no mundo iberoamericano.

Iniciativas como a presente, mais do que devem, têm de repetir-se. Seguramente que, no fim deste curso, todos partilharemos e manteremos esta convicção.

Muito obrigado pela vossa atenção, felicidades e bom trabalho.

2.3. A SEGURANÇA NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: O DESAFIO EUROPEU

Porto, 20 de Março de 1998

Senhor Ministro da Administração Interna,
Senhor Vice-Reitor da Universidade Lusíada,
Senhor Presidente do Conselho Directivo da Universidade Lusíada,
Senhor Governador Civil,
Senhor Director Geral do Serviço de Informações e Segurança,
Senhora Presidente do Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente,
Minhas senhoras e meus senhores

As minhas primeiras palavras são de agradecimento e dirigem-se à Universidade Lusíada que amavelmente me convidou a participar neste colóquio.

I

1. Foi-me solicitada uma intervenção no âmbito deste colóquio subordinado ao tema geral "Segurança e Informações".

Um tema tão vasto deixa-me sempre receoso já que o perigo de dizer frases feitas, bem como o de me perder pelos mil e um assuntos possíveis é sempre iminente.

2. Poderia socorrer-me, para esta minha intervenção, dos dados recolhidos pela Provedoria de Justiça onde anualmente chegam centenas de queixas sobre problemas de segurança e dezenas delas sobre problemas relacionados com os serviços de informações. Mas se me permitem quero hoje trabalhar com uma outra visão das coisas, socorrendo-me, apenas mediatamente, dos dados obtidos como provedor de justiça.

3. Considerando apenas o último mês, a imprensa portuguesa tem sido fértil em matérias relacionadas com a segurança e as informações. Só por si, tal não é de estranhar e será até normal, se não fosse o caso de algumas dessas noticias terem sido primeiras páginas e a confirmar-se o conteúdo das mesmas os direitos dos cidadãos terem sido postos em causa.

4. Alguns exemplos: o Serviço de Informações e Segurança terá alegadamente vigiado algumas organizações que protestam actualmente contra o governo. Em causa está o controlo efectuado pelo SIS sobre a Comissão de Utilizadores Contra as Taxas de Activação e os aumentos dos telefones, e ainda do controlo efectuado pelo mesmo serviço de informações a movimentos de agricultores e caçadores. [50]

5. Neste mesmo período, a matéria relacionada com o Conselho de Fiscalização do SIS era alvo de declarações contraditórias de antigos elementos dos serviços de informação e do actual ministro da tutela.

6. A título de curiosidade, neste mesmo período temporal fomos brindados com fracassos dos serviços secretos israelitas, antes considerados como um dos mais eficazes e rigorosos serviços secretos.

7. As matérias respeitantes ao SIS noticiadas pela nossa imprensa não ficaram por aqui, só que as outras, a meu ver, não atingem os direitos dos cidadãos e como tal não merecem, no âmbito deste colóquio, realce.

8. No respeitante a matérias de segurança são as constantes e já normais denúncias de roubos, furtos e violência associada aos problemas da droga que assumem o destaque informativo. A par destas, os crescentes casos de lutas violentas entre bandos organizados de jovens e a patrulha dos bairros mais problemáticos pelo corpo de intervenção da PSP mereceram o destaque dos principais órgãos de comunicação social no último mês. Isto sem esquecer, chamemos-lhe assim, o episódio Rosa Casaco.

9. Qualquer cidadão em virtude deste seu estatuto tem ou deve ter preocupações com os problemas relacionados com a segurança e as informações do seu País e até do resto do mundo.

10. Qualquer cidadão tem, igualmente, preocupações acrescidas, e especiais inquietações quando por causas relacionadas com aquelas matérias os seus direitos possam ser atingidos.

11. Vamos deixar de lado as matérias respeitantes ao serviço de informações, não por não fazerem parte duma concepção ampla de segurança dos cidadãos, mas por opção própria e dentro do tempo que nos é concedido, queremos privilegiar as tradicionais matérias relacionadas com a segurança.

II

12. O conteúdo do termo segurança não é de fácil precisão, e ele espelha a própria mutação da organização do Estado. O artigo 27º, n.º 1 da Constituição estatui que todos tem direito à liberdade e à segurança. Uma leitura de todo este preceito leva-nos quase à conclusão que o legislador se esqueceu da segurança e só se preocupou com a liberdade. Porquê? Será que há uma consistente relação de hierarquia entre estes dois valores como sugerem alguns? Será que a explicação passa antes pela diferente natureza de cada uma destas figuras como defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira? Enquanto a liberdade corporiza um direito, a segurança objectiva antes uma garantia.

13. De acordo com a Lei de Segurança Interna (Lei n.º 20/87 de 12 de Junho) no seu artigo primeiro, n.º 1, esta é a actividade desenvolvida pelo Estado que visa garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos e libetrdades fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática. Desta noção destaca-se uma maior abrangência na finalidade da segurança, embora a ideia de garantia tome a primazia.

14. A conjugação das matérias abrangidas pelo artigo 27º da Constituição leva-nos a afirmar, o que não é sequer original, que o conceito de segurança plasmado no artigo referido o é pela sua dimensão negativa, ou seja, como forma de reacção do Estado no caso de se ter ofendido a liberdade dos cidadãos.

15. No plano a que nos estamos a referir é visível que a segurança funciona como uma garantia para a vítima de um crime ou de uma outra qualquer agressão. Garantia essa que é extensível a toda a comunidade pelo efeito de prevenção que produz.

16. Trata-se assim de a segurança funcionar como meio de repressão do ilícito. Ora o que pretendo aqui acentuar é a outra faceta, ou seja, a segurança enquanto meio de evitar a agressão; de impedir o nascimento do ilícito.

17. É nesta dimensão positiva que a segurança ganha um novo alento e, quanto a nós, melhor protege o cidadão. Talvez não seja tão visível, ou melhor dizendo, tão mediática, mas é concerteza mais eficaz e a longo tempo mostrar-se-á mais acertada.

18. Aquilo que se pretende, o que o Estado deve proporcionar aos cidadãos, é não tanto o ressarcir uma ofensa cometida, o que também é importante, mas criar condições para que estas nem sequer se verifiquem.

19. A segurança assim entendida traduz-se no direito de exigir ao Estado prestações positivas que tutelam e garantam a liberdade do cidadão.

20. A concretização da segurança nesta sua dimensão positiva implica, não se esconde, numa primeira fase, um aumento de despesas. Mas esse aumento é compensado pela consequente diminuição dos recursos necessários para a concretização das acções reactivas de segurança. É assim, que a médio prazo as contas se equilibrarão.

21. Não se esquece também que esta metodologia pode não ser compatível com calendários eleitorais de curto prazo, a que hoje, quer se queira quer não, todos os governos das democracias actuais estão atentos.

22. Acresce que outras dificuldades podem ser detectadas. Assim, ao privilegiar-se este plano positivo de actuação da segurança como o mais útil aos cidadãos, tem que obrigatoriamente admitir-se um alargamento do leque de matérias que são tocadas por este conceito de segurança. O direito à vida e à integridade física e moral, o direito à privacidade, o direito à integridade, o direito à dignidade e até o próprio direito de propriedade. No fundo tudo o que possa beliscar com a normal e sã convivência dos homens em sociedade.

23. Mas há algo de que não nos podemos esquecer, nem sequer fazer de conta que não existe. É que a segurança em si é algo de estrutural que não é compaginável com interesses, legítimos ou não, mas de vida curta.

24. É princípio assente que o sentimento de segurança do cidadão é um valor social que não se deve menosprezar. Aliás quando a insegurança se instala nos cidadãos surgem situações de justiça pelas próprias mãos que pode levar mesmo a formas colectivas de defesa como as vulgarmente denominados "milícias populares".

25. Assiste-se actualmente a uma mudança de hábitos que faz perigar a segurança activa de que atrás falei. Tal mudança explica-se pela expansão da vertente internacional do crime e da sofisticação dos

[50] "O Independente" de 6/Março/98

meios empregues pelos agentes criminosos. O poder económico dos grupos que operam no tráfico de estupefacientes, a inserção social e os altos conhecimentos que disfrutam aqueles que estão ligados ao branqueamento de capitais e ao crime informático, obrigam a um reforçar a segurança, diria mais, a repensar a eficácia que deve ser conferida pela vertente activa e não reactiva da ideia de segurança.

26. Esta dimensão internacional da segurança é tão mais importante já que estamos hoje integrados num espaço regional - a União Europeia - com regras próprias e com uma fronteira única face ao exterior. Mas a supressão interna de fronteiras para os nacionais da União Europeia criou alguns problemas para a própria Comunidade no que toca ao problema da segurança.

27. Chegados aqui cumpre falar de duas realidades. Uma é Schengen, a outra é de um embrionário direito penal europeu.

III

28. Schengen tem nome de monstro. E para muitos é nisto que ele se vai tornar. A culpa não é da pequena vila luxemburguesa que deu nome ao Tratado, mas sim da sua linguagem, da sua complexidade e da falta de explicação do mesmo.

29. Para que serve Schengen? Quais as suas implicações na matéria da segurança? Schengen surge com um duplo objectivo: preservar a ordem e a segurança públicas, incluindo a segurança do Estado, e realizar a livre circulação de pessoas no seu espaço comum, através da supressão de controlos, nas fronteiras internas.

30. Importa, no entanto, ter presente que a aplicação de Schengen não significa que os Estados estejam impedidos de executar controlos fronteiriços, quer num quadro de rotina aperiódica, quer de uma forma mais sistemática, se entenderem que razões imperativas de ordem pública ou de segurança nacional assim o impõem. Estes mecanismos de salvaguarda, que, contudo, se deseja limitados no seu tempo de aplicação, constituem sempre recursos últimos por parte de qualquer Estado.

31. Schengen dispõe, por outro lado, de um importante sistema de informações que coloca ao dispor dos Estados-parte um conjunto permanentemente actualizado de dados, através de um mecanismo informático que é um valor acrescentado às dimensões de informação anteriormente disponíveis e que se quer eficaz para a garantia da segurança num espaço sem fronteiras.

32. Mas todo este sistema de informações lança contudo uma inevitável questão à sua utilização e à fiscalização da mesma. É que tendo este acordo surgido fora da estrutura organizativa da então Comunidade Europeia, ele tornou-se fonte de várias inquietações para quem vê nele a institucionalização do "big brother" de George Orwell.

33. No capítulo da livre circulação de pessoas, Schengen trata de matérias como o controlo de pessoas aquando da sua passagem pelas fronteiras internas e pelas fronteiras externas, das condições de entrada e circulação de estrangeiros neste espaço único. Importante são igualmente as políticas aí estabelecidas quanto à emissão de vistos e de asilo político.

34. No capítulo respeitante à segurança dos cidadãos, destacam-se as matérias referentes à cooperação policial, ao combate do tráfico ilícito de estupefacientes, ao comércio, aquisição e detenção de armas de fogo, à cooperação entre autoridades judiciárias.

35. Destaco contudo o Sistema de Informação de Schengen. Este sistema foi criado com o objectivo de garantir uma gestão harmonizada da fronteira externa da União no que se refere à entrada de estrangeiros, bem como para reforçar a segurança e a ordem pública no interior do espaço Schengen.

36. Trata-se de um ficheiro informatizado contendo dados sobre cidadãos de países terceiros não admissíveis, os procurados para efeitos de extradição e os desaparecidos, e ainda sobre certo tipo de veículos e de objectos procurados.

37. O receio verificado face a este sistema de informações gerou-se porque as garantias de protecção destes dados e a fiscalização da sua utilização, ou a sanção pela sua indevida utilização, nunca mereceram explicações capazes, a ponto de ainda hoje os espíritos críticos se mostrarem inquietos por apreensivos. Chegou mesmo a falar-se de excessos eurocráticos.

38. Parte das dúvidas podem ter sido ultrapassadas com a futura sujeição de Schengen à tutela do Tribunal de Justiça das Comunidades. É que a revisão do tratado da União Europeia operada na conferência inter-governamental integrou Schengen na União Europeia, embora com um regime especial para o Reino Unido e para a Irlanda, e um modelo específico de articulação com os Estados que são parte do acordo mas que não são membros da União Europeia, casos da Islândia e da Noruega.

39. Nos termos do parágrafo terceiro do artigo A do tratado de Maastricht, a União funda-se nas Comunidades Europeias, completadas pelas políticas e formas de cooperação instituídas pelo referido Tratado.

Ora as políticas e formas de cooperação que o Tratado institui são a Política Externa e de Segurança Comum e a Cooperação no domínio da Justiça e dos Assuntos Internos. Por isso se tem dito que a União Europeia se apresenta como uma construção assente em três pilares: as Comunidades Europeias, a PESC e a CJAI.

40. O Tratado de Amesterdão integra a Convenção de Schengem no quadro institucional único da União. Ao aplicar o sistema da cooperação reforçada o novo tratado permite distinguir, segundo bases jurídicas seguras, quais os problemas que resultam dessa mesma cooperação reforçada, leia-se flexibilidade.

Aplaude-se assim esta passagem de Schengem para o primeiro pilar da União, que garante aos cidadãos um controlo democrático daquele, e acima de tudo dispor igualmente de recursos judiciais eficazes sempre que os seus direitos são postos em causa. Trata-se de conferir maior democraticidade e transparência a todo este sistema, garantindo assim de uma forma mais firme os direitos dos cidadãos.

41. Vamos esperar que algo que foi criado para fortalecer a segurança dos cidadãos membros da União, não se torne ele mesmo factor de insegurança e desconfiança para esses mesmos cidadãos. Espera-se que tais desejos não escorreguem na retórica das formalidades sempe presente nestas matérias. Só assim deve ser encarado o espaço Shengen de segunda geração ou Shengen II, que foi decidido criar, com o objectivo de pôr à disposição das partes contratantes um sistema mais actual, com novas funcionalidades, e com capacidade para integrar mais Estados, nomeadamente os Estados nórdicos.

IV

42. A segunda realidade sobre a qual queria tecer alguns tópicos é a respeitante ao direito penal europeu. É sabido a disparidade existente entre os sistemas penais dos diversos países membros da União Europeia. Contudo, é necessário saber se a Comunidade pode prevenir melhor o fenómeno criminal do que os Estados-membros, o que levaria para ultrapassar a distorsão provocada pela heterogeneidade dos sistemas penais nacionais, à criação de um direito penal comunitário.

43. Existe um consenso bastante alargado em torno da ideia segundo a qual os Tratados, não conferem às instituições comunitárias o poder de legislar em matéria penal, ou pelo menos de sancionar directamente certas condutas com penas criminais. Esta ideia que julgamos correcta não afasta contudo a possibilidade de algumas normas comunitárias interferirem com o direito penal, só que estamos então perante o primado do direito comunitário e não propriamente a assistir ao nascimento do direito penal comunitário.

44. Esta ideia encontra o seu suporte normativo no artigo K.1. n.ºs. 5 e 7 do Tratado de Maastricht em que os Estados excluiram uma competência penal da comunidade embora tivessem manifestado a vontade de instituir uma cooperação mais intensa nesta matéria. Assim, sem a introdução

de uma norma expressa que permita à União legislar em matéria penal, sob pena de anulação do acto pelo Tribunal de Justiça Europeu, é através da via tradicional dos acordos entre Estados que se pode intensificar a cooperação em matéria penal, nomeadamente reprimindo a criminalidade internacional grave, como seja o tráfico de estupefacientes, o terrorismo, a criminalidade económica. A par desta harmonização convencional ao nível legislativo só um maior empenho comunitário na perseguição dos infractores pode levar a bom porto a luta contra a criminalidade no espaço regional representado pela União Europeia.

45. Face ao exposto dir-se-á não ser possível evitar uma desigualdade na aplicação do direito penal em todo o espaço europeu, embora esta resulte como um custo da preservação da identidade nacional nesse mesmo território. E é esta ideia que permite, sem violentar as especificidades nacionais, sustentar um núcleo comum para o direito e para o processo penal da Europa. No direito substantivo este substracto comum radica no ideal democrático-pluralista e no valor supremo da dignidade da pessoa humana, enquanto o processo penal europeu encontra o seu núcleo duro na procura da verdade material e no respeito incondicional dos direitos, liberdades e garantias dos diversos intervenientes da acção penal.

46. Aliás, estes princípios fundamentais do direito e processo penal europeus, mais não fazem do que aproveitar alguns dos ensinamentos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no tocante a estas matérias, texto este que representa em alguns dos seus preceitos, em sentido material, uma verdeira Constituição penal a nível europeu.

47. Pretende-se assim evitar que no espaço comum da União possa haver, a exemplo dos paraísos fiscais, verdadeiros paraísos penais, ou pelo menos locais desse mesmo espaço em que a reacção penal seja diminuta ou diferenciada por comparação com o resto da União.

48. Se num dado país uma determinada conduta não é criminalizada (pense-se em determinadas formas de crime informático), mas o é noutro ou nos restantes países da União, torna-se então evidente que o agente da infracção embora fazendo repercutir a sua actividade em todo o espaço comum, esteja contudo sediado naquele que lhe é mais favorável, ou por ausência de incriminação, ou por incriminação insignificante. E não nos podemos esquecer que na dissuação do crime, é mais eficaz a redução drástica das espectativas de impunidade que a gravidade das penas.

49. São situações deste tipo que se devem pretender evitar, ao mesmo tempo que se deve nivelar em toda a Comunidade a dimensão positiva da segurança. Não fará sentido actuar de maneira diferente sob pena de haver dentro do mesmo espaço comum diversas categorias de cidadãos, ou melhor dizendo cidadãos mais bem protegidos do que outros.

V

50. Espero sinceramente que a abordagem realizada a estes dois tópicos possa contribuir para alertar para alguns perigos que são susceptíveis de resultar do desenvolvimento das sociedades contemporâneas e da própria mutação da organização e fins do Estado.

51. Não se pode esquecer que a segurança como valor social é solidária da ideia de liberdade, e que a segurança por si só nada deve justificar. Como pano de fundo de todo este discurso encontramos aquele que é, quanto a nós, o valor primeiro e último de todo o homem: a liberdade.

52. Resta-me terminar.

E vou fazê-lo citando Alexandre Herculano. Diz ele "Garantam-me a liberdade, e pouco se me dá que outrem se sente num trono, numa poltrona ou numa tripeça."

Minhas senhoras e meus senhores muito obrigado pela vossa atenção.

2.4. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NO COLÓQUIO "AS TELECOMUNICAÇOES E O DIREITO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇAO" PROMOVIDO PELO INSTITUTO JURÍDICO DA COMUNICAÇAO DA FACULDADE DE DIREITODA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Coimbra, 24 de Abril de 1998.

O Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal define esta como um modo de desenvolvimento social e económico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na actividade económica, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais.

Ou, por outras palavras, as novas tecnologias da informação, do audiovisual e das comunicações determinaram alteração no domínio da actividade económica e dos factores do bem estar social.

Tem sido dito e sentido que a transição da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial constitui uma mudança ainda mais radical do que foi a passagem da pré industrial para a sociedade industrial. Prevê-se que será o domínio da informação a liderar a evolução, pouco importando, para tal efeito, a energia e a força muscular.

No sempre referido livro verde surgem na Introdução seis medidas atinentes à difusão dos meios tecnológicos indispensáveis para tender (pg. 14-15) à sociedade de informação, mas não aparecem medidas com incidência nos Tribunais. E ao longo daquele livro surgem medidas a propósito dos seus onze números e só no n.^{0} 9 aparece uma aplicação concreta sobre o sector da Justiça, ou seja, o notariado electrónico.

Assim, esta sessão sobre os tribunais, a administração e a inovação tecnológica nas telecomunicações reveste-se da maior acuidade para se debater a estratégia de.penetração, sobretudo no campo da administração judiciária.

Todavia, este é um dos múltiplos aspectos que nos concita para hoje aqui. Com efeito, para uma administração baseada sobretudo no papel é muito difícil e oneroso passar de repente os serviços da Administração Pública para um suporte de via electrónica. Os problemas que se suscitam no sector jurídico são diversos, desde o valor probatório ate à conservação dos documentos.

No que se refere à administração pública, há que destacar na nossa Constituição os preceitos incluídos no título IX da Parte III. Atente-se como ponto de partida no art.^{0} 267.º, onde se prescreve que a Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. Como têm as novas tecnologias penetrado na Administração Pública por forma a assegurar a participação dos interessados na sua gestão?

Esta e outras interrogações serão, como é natural, debatidas nesta sessão.

Concluindo, também com três perguntas:

1. A produtividade da Administração Pública e dos Tribunais, em termos de Sociedade de Informação, tem avançado no nosso País, e com que directrizes?

2. Qual o papel das Universidades nesta tarefa?

3. Exemplos como este Instituto Jurídico da Comunicação têm sido multiplicados e em que

sentido?

2.5. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NO III ENCONTRO DE OMBUDSMAN DA ÁSIA

"O Ombudsman como amparo dos cidadãos na construção de uma sociedade e de um ambiente equilibrados"

Macau, 3-8 de Maio de 1998

É com grato prazer que intervenho neste encontro de Ombudsman da Ásia, começando por exprimir o meu reconhecimento ao trabalho desenvolvido pela organização deste evento na pessoa do Senhor Alto Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa do Território de Macau e por saudar todos os Ombudsman presentes e as suas delegações.

Apesar da distância quilométrica que nos separa, da diversidade das línguas, das culturas e dos sistemas jurídicos, julgo ser mais forte o que nos une: ajudar a construir um mundo mais equilibrado, tornar as nossas sociedades mais justas, evitar e dirimir conflitos.

O modo como a instituição do Ombudsman tem sabido obter expressão nos mais variados países e regiões do mundo é sinal bem notório da importância das suas funções e do interesse que os povos têm encontrado no seu papel. Mais do que adaptar-se às diferentes latitudes, o Ombudsman é em cada País uma criação do seu povo, do seu sentido de justiça. Erróneo seria ver nesta instituição um modelo europeu importado pelos demais continentes. Denominador comum é a sua independência e o seu modo de agir: persuasivo, pedagógico, descomprometido com o poder e paciente. O quadro tradicional da separação dos poderes - legislativo, executivo e judicial - desde cedo reclamou um espaço que é preciso ocupar : o de um poder moderador. Creio que esse lugar, no que toca à moderação entre o exercício dos poderes e os cidadãos é hoje justamente ocupado pela acção do Ombudsman.

2.6. INTERVENÇÃO DO PROVEDOR DE JUSTIÇA NO III CONGRESSO ANUAL DA FEDERAÇÃO IBERO--AMERICANA DE OMBUDSMEN

Lima (Perú), 6 a 9 de setembro de 1998

Comentário à intervenção do Dr. Diego Garcia-Sayan: "O Ombudsman e a Justiça".

A intervenção do Senhor Dr. Diego Garcia-Sayan, ilustre Director Executivo da Comissão Andina de Juristas, sugere-me, em sede de comentário, três breves notas.

A primeira, para felicitar o autor por nos ter apresentado uma boa visão, sistemática e proficiente das relações entre o Ombudsman e os órgãos que administram a Justiça. em especial, os Tribunais.

Não quero deixar de sublinhar aquela que me parece ser a ideia central da sua exposição, e que, a meu ver, merece da nossa parte a maior reflexão. Refiro-me à independência dos Tribunais e das magistraturas, entendida, como ouvimos há pouco, não como um fim, em si mesmo, mas como um princípio ao serviço do valor maior que é o da imparcialidade na formação das decisões judiciais.

Não raras vezes, esta compreensão parece ausente na argumentação trocada, abrindo-se, assim, as portas a alguma perturbação desnecessária nas relações entre o Ombudsman e o Poder Judicial, receosos que se mostram alguns magistrados de ver atingida a sua independência. Precisamente, por qualificarem a independência dos Tribunais, mais como uma regalia ou privilégio, mais como um véu que os protege de um mundo profano, do que como verdadeira garantia do desígnio da imparcialidade e do

Estado de direito.

Temos, neste ponto, todos nós, Ombudsmen, o ónus de tornar bem claro que a nossa intervenção nada impõe aos Tribunais que afecte as suas garantias.

Primeiro, e como ficou relatado, por não nos pronunciarmos sobre casos que não tenham transitado em julgado. Se existem excepções a esta regra, o certo é que as não encontramos no espaço ibero-americano de Ombudsmen.

Tendencialmente, a acção dos Provedores de Justiça, Procuradores e Defensores, neste âmbito geográfico e cultural, limita-se ao sector administrativo dos Tribunais.

Depois, porque as decisões que tomamos não radicam em nenhuma manifestação hierárquica, de superintendência ou de tutela, de sorte que não podemos revogar, modificar ou suspender nenhum acto, como não podemos suprir nenhuma omissão dos poderes públicos. As nossas decisões são sempre actos bilaterais, pois implicam uma aceitação do destinatário. O seu não acatamento não produz qualquer consequência jurídica que não seja o dever de a fundamentar. Porventura, não se encontram os nossos magistrados habituados a ver-se confrontados com criticas provindas do interior do Estado. Mas há que saber compreender que estas críticas, quando formuladas pelo Ombudsman valem pelo peso das suas motivações, sem com isso invadirem a reserva ou a independência judicial.

Mesmo à luz do princípio da separação dos poderes, não se encontra qualquer justificação de ordem dogmática para impedir a intervenção do Ombudsman no sector administrativo dos Tribunais. Admito ainda essa mesma intervenção no núcleo jurisdicional, sempre que se observem violações do conteúdo essencial dos Direitos do Homem, de tal forma intensas, que uma decisão seja tida como inexistente. Quando o desvalor jurídico de um acto jurisdicional é de tal forma sentido pela ordem jurídica que esta o comina com a inexistência jurídica, tal acto perde a sua autoridade formal e cessa o dever de obediência. Ora, em tais casos, não vejo motivo válido que exija o silêncio do Ombudsman.

A segunda nota serve apenas para registar a omissão de qualquer referência, na intervenção escrita do Dr. Diego Garcia-Sayan, àquele que entre os Ombudsmen ibero-americanos se pode orgulhar de ser o mais antigo. Refiro-me ao Ombudsman de Portugal, ao provedor de justiça, criado em 1975, constitucionalizado em 1976, e que, em boa parte, inspirou os traços estatutários do Defensor del Pueblo de Espanha.

Permita-me, por isso, que neste comentário situe o caso português no quadro das relações com a Administração da Justiça.

Em Portugal, de acordo com a Constituição, as magistraturas dispõem de estruturas administrativas próprias, também elas independentes dos demais poderes do Estado: o Conselho Superior da Magistratura, o Conselho Superior do Ministério Público e o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

O Estatuto do provedor de justiça, em todas as versões que veio tendo nestes vinte e oito anos, sempre fixou uma condição e um requisito para a intervenção na esfera judicial. O requisito é o de a fiscalização se conter à área administrativa dos Tribunais; a condição é de esta ser desenvolvida através dos seus Conselhos Superiores. Não que se mostre inviabilizado o contacto do provedor de justiça com cada um dos Tribunais para, por exemplo, obter informações sobre o andamento de um processo. Todavia, em caso de ser formulada uma Recomendação ou de ser encontrado algum facto com relevância disciplinar ou penal, tal intervenção deverá produzir-se junto dos Conselhos Superiores.

Fica, assim, reparado o lapso que subsistiu na edição do livro de Memória do Congresso de Toledo, quando na exposição do Prof. Mano Quinzio de Figueiredo, a páginas 354, se diz que o provedor de justiça não fiscaliza os órgãos judiciais.

No campo dos poderes de iniciativa para fiscalização da constitucionalidade, gostaria apenas de dizer que o provedor de justiça pode pedir a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de qualquer norma. Ora, como o conceito de norma, segundo jurisprudência constante do Tribunal Constitucional português, compreende as decisões dos Tribunais cuja eficácia não seja meramente inter

partes, encontramos um novo vector nas relações entre o Ombudsman e os Tribunais.

Por outro lado, o provedor de justiça pode pedir a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, das normas legislativas que violem outras normas legislativas consideradas com valor reforçado. São os casos dos decretos-lei, aprovados pelo Governo, quando violem a lei parlamentar de autorização; das leis ordinárias que violem leis orgânicas e dos decretos-lei de desenvolvimento que infrinjam leis de bases.

Por fim, o provedor de justiça pode pedir ao Tribunal Constitucional que verifique a inconstitucionalidade por omissão. Neste caso, a Constituição reservou esta iniciativa, exclusivamente, ao Ombudsman e ao Presidente da República.

Todo este papel do provedor de justiça no campo da fiscalização da constitucionalidade estende-se para além dos casos que radiquem na defesa de direitos fundamentais. Isto, porque, independentemente da sua configuração como protector de direitos dos cidadãos, o Ombudsman português viu-lhe confiado um lugar próprio como garantia do princípio da constitucionalidade. Assim se compreende que tenha sido pedida por mim e declarada pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade de normas por violação da autonomia dos municípios e por infracção à reserva de jurisdição dos Tribunais.

Recolhe-se, aqui, um exemplo de como pode o Ombudsman constituir defesa do Poder Judicial, uma vez que o seu Estatuto lhe confere a possibilidade de publicamente e com maior veemência advertir contra indevidas actuações legislativas ou executivas que fragilizem a autoridade e independência dos Tribunais.

Ainda há poucos dias, pude assistir na televisão peruana ao modo como o Defensor del Pueblo tomou uma atitude clara e corajosa em prol da dotação orçamental do Conselho Superior de Justiça.

A minha terceira e última nota tem como propósito deixar observado que a área da Administração da Justiça, sobre a qual incide a intervenção do Ombudsman, não é tão escassa como poderia parecer à primeira vista. Em toda a sua extensão, muito pode a acção fiscalizadora e persuasiva do Ombudsman contribuir para dignificar a Justiça dos Tribunais e reforçar os direitos dos cidadãos neste sector.

Antes de mais, a celeridade processual. Uma Justiça lenta não é Justiça. Sempre que o Ombudsman conclua que das regras processuais ou da organização judiciária resultam desvantagens para a eficiência dos Tribunais, tem o dever de usar o poder de Recomendação e dirigir-se ao legislador. Sempre que em casos concretos verifique demoras excessivas e injustificadas, muitas vezes conferindo mais-valias imorais em benefício dos prevaricadores, tem o dever de recomendar medidas à Administração da Justiça inclusivamente medidas de ressarcimento pelos prejuízos causados.

Em segundo lugar, encontramos a fiscalização da disciplina, quer das magistraturas, quer dos advogados e solicitadores, através das suas ordens profissionais. Também aqui se manifestam, por vezes, claros sinais da falta de um órgão que sirva de amparo aos cidadãos.

Em terceiro lugar, o funcionamento das secretarias e tesourarias judiciais.

Em quarto lugar, o sistema de apoio judiciário, através da nomeação de defensores e patronos custeados pelo Estado para quem possua recursos suficientes.

Em quinto lugar, a execução de sentenças pelo Estado.

Por fim, mas com especial destaque, todo o sector que, embora pertencendo a Administração da Justiça, já não dependente dos Tribunais: o sistema prisional e as estruturas de reinserção social dos condenados.

Tenho tido neste campo especial preocupação. De resto. logo que regresse a Portugal, conto iniciar a segunda inspecção em dois anos a todos os estabelecimentos prisionais civis.

Um última palavra, se mo permite, para a todos saudar e felicitar o Defensor del Pueblo do Peru e a Comissão Andina de Juristas pelo magnífico trabalho que vem desenvolvendo.

2.7. REUNIÃO DE OMBUDSMEN IBERO-AMERICANOS
INTERVENÇÃO INICIAL

Porto, 24-27 de Setembro.

Caros colegas,

É com alegria e satisfação que vos dou as boas vindas e os acolho nesta bela cidade do Porto, cujo centro histórico foi declarado património mundial pela UNESCO.

Reunimo-nos hoje aqui para no âmbito da área de intervenção dos *Ombudsmen* Ibero-Americanos reflectirmos sobre a efectividade dos direitos do homem nos nossos países e, consequentemente, elaborarmos uma Declaração sobre Direitos Humanos que será entregue na Cimeira Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo que se realizará nesta mesma cidade neste próximo mês de Outubro. O objectivo último é o de que a nossa Declaração seja acolhida na Declaração Final da referida cimeira de Chefes de Estado e de Governo.

I
Direitos Humanos: considerações gerais

O discurso sobre os direitos humanos representa hoje em dia um dos mais problemáticos e por vezes falsos que se pode observar. Quase sempre a roçar a retórica inflamada e o fundamentalismo oco, o discurso sobre os direitos humanos é infelizmente um exemplo das modas recentes em que a teleologia do apregoado, muitas vezes com o seu quê de ritualismo e simbolismo, não acompanha o mundo real; ou seja a concretização dos direitos humanos não se efectiva nos cidadãos de carne e osso.

Aparentemente nada faria supor esta separação entre aquilo que é defendido e o que se detecta no terreno. Nunca se falou tanto de direitos humanos e de direitos fundamentais, nunca tantas e tão diversas realidades foram erigidas à categoria de direitos humanos. No entanto nunca os princípios neste domínio defendidos se encontraram tão longe da realidade, e nunca houve notícias de tantas e tão drásticas violações aos direitos humanos, podendo com algum cinismo afirmar-se que a quantidade que caracteriza o conteúdo do discurso sobre os direitos humanos mais não representa que a desculpabilidade de nós próprios face às nossas consciências, camuflando assim a intranquilidade das mesmas.

No actual contexto dos direitos fundamentais à maior quantidade do discurso corresponde uma menor qualidade na sua realidade subjacente. Quanto mais se fala, menos se faz, pior é a realidade, mais e maiores são as agressões aos direitos humanos.

Caros colegas: este não é um discurso pessimista, e muito menos o querer fugir à retórica triunfalista que caracteriza a tendência neste tema com uma comunicação de pendor argumentativo negativo mas apenas a constatação da realidade actual e da necessidade de uma urgente inflexão nesta matéria.

Uma boa terapêutica exige um bom diagnóstico. Pois bem, averiguemos, ainda que sumariamente, algumas das razões e comportamentos que são responsáveis pela situação actual no domínio da defesa dos direitos humanos.

Um dos vectores a considerar consiste no próprio papel do Estado, ou melhor das suas funções, das mutações das mesmas, e das relações que o Estado no prosseguimento dos seus fins enceta com outras entidades, ou dito de uma forma mais simples mas não abrangente, a troca de papéis entre o Estado e outras entidades, nem sempre clara ou assumida, a que se tem assistido ultimamente.

No entender de alguns cultores da filosofia política, o Estado actual caracteriza-se por uma certa anomia, ou seja, o Estado demite-se gradualmente de tarefas tidas como fazendo parte da sua autoridade entendida esta em termos históricos. Uma deficiente protecção policial, nada eficaz em certas áreas como o fenómeno da toxicodependência e o funcionamento moroso dos tribunais, são disso exemplo. Em consequência verifica-se o aparecimento e proliferação da segurança privada, seja em moldes legalmente consentidos, seja em ajuntamentos esporádicos de grupos de cidadãos que pretendem defender os seus interesses ainda que indo de encontro à lei.

Inversamente vemos o Estado a invadir espaços até agora exclusivamente reservados aos privados, ou melhor espaços "sagrados" à liberdade dos indivíduos. Pense-se em algumas exigências registrais ou notariais, ou ainda mais significativo a ingerência do Estado com o único objectivo de garantir a segurança do próprio cidadão contra si próprio e não contra terceiros.

Uma outra caractrística na actuação do Estado diz respeito ao fraccionamento do seu próprio poder. Visível sobretudo nas últimas décadas vários grupos de pressão, ordens profissionais e outros grupos reivindicam uma parte do poder do Estado utilizando o estratagema de defenderem, não interesses de grupos, mas sim interesses públicos. A par destes comportamentos que reflectem uma excessiva titularidade de direitos do homem por parte de entidades e organizações colectivas, os referidos grupos

reivindicam uma posição de domínio senão mesmo de exclusivo em certos direitos fundamentais.

A esta promiscuidade entre a actuação do Estado e de outras entidades em domínios antes delimitados e agora concorrentes, juntam-se as alterações provocadas na expressão representativa do Estado democrático. No fundo a igualdade de cidadania é hoje posta em causa pelas mais subtis e sofisticadas formas de *lobbying*, ou pelas situações privilegiadas a que apenas os membros de algumas "corporações" tem acesso. Cada vez mais a maioria dos cidadãos não tem acesso aos locais onde são tomadas a maioria e as mais importantes decisões. A separação entre ricos e pobres ou, se quisermos, entre os mais favorecidos e os menos favorecidos da sociedade é cada vez maior. E a acentuar esse fosso a verificação que os desfavorecidos não tem nenhum poder negocial ou reivindicativo, não tendo lugar nos centros de acesso ao poder. Pense-se-se a título de exemplo nos desempregados e nos reformados.

A terminar a análise da actuação do Estado refira-se a crise do próprio Estado social sobretudo na sua versão de Estado providência. Esta crise é simultaneamente financeira e de fundamento. Financeira porque o aumento das despesas sociais é superior ao crescimento económico. De fundamento já que a sua função de proteger os mais desfavorecidos é hoje deturpada, sendo os mais favorecidos, ou seja, os mais bem informados e melhor colocados na sociedade a beneficiar do Estado providência.

Para além das transformações do papel do Estado na sociedade contemporanea, é necessário questionar o universo dos direitos do homem, que se tem alargado e complexizado, para melhor se poder entender a efectividade da protecção daqueles.

Quais são os direitos do homem? Quais são os direitos fundamentais? A estas questões simples contrapõe-se uma resposta complicada e nada uniforme. O catálogo dos direitos do homem alterou-se com os tempos. À inflação dos direitos fundamentais de que falam alguns autores acresce a complexidade dos mesmos, correndo-se o risco da banalização destes. Característica actual destes direitos é a sua internacionalização, resultado aliás da globalização, sobretudo visível no domínio económico e jurídico.

Várias são as classificações de direitos fundamentais encetadas pelos mais variados autores. Para o que aqui nos interessa vamos utilizar a classificação mais usual em que se enumeram três gerações de direitos, a saber: i) direitos pessoais e liberdades públicas, ii) direitos sociais, iii) direitos ecológicos ou pluridimensionais. Todas estas sucessivas camadas de direitos resultam da evolução histórica do Estado.

Tomemos em análise os denominados direitos da terceira geração. Estes direitos ecológicos caractrizam-se por uma grande diversidade, quer nas matérias que vão desde os que se prendem com a utilização da informática, com o desfrutar do património cultural, até ao direito dos povos à paz e ao desenvolvimento; quer uma grande diversidade no que concerne ao seu grau de implementação e consolidação práticas. Apresentam ainda estes direitos um carácter poligonal ou multidimensional, quer dizer apresentam na sua estrutura uma grande diversidade de titulares activos, de destinatários e de conteúdos.

Ao lado destas camadas de direitos começa hoje a falar-se das "novas liberdades", desencadeadas pelas novas tecnologias, uma espécie de direitos universais no tempo, cujo paradigma seriam os direitos das gerações futuras, ou com mais criatividade os direitos dos animais e os direitos das plantas que se traduziriam numa espécie de solidariedade interespécies. São estas manifestações de fundamentalismo no campo dos direitos humanos que leva a um descrédito e a uma vulgarização dos mesmos com prejuízo da efectivação plena e séria dos direitos da primeira geração e de alguns da segunda. Repare-se que os denominados direitos das gerações futuras que já foram objecto de uma Declaração Universal adoptada em 26 de Fevereiro de 1994, em Laguna (Tenerife - Espanha), na reunião de peritos da Unesco, denominado grupo Cousteau, são basicamente deveres (sem direitos) das gerações actuais para com as gerações futuras, de modo a que estas possam dispôr de um lugar no planeta e de uma vida digna de ser vivida. No fundo trata-se de proclamações sem eficácia jurídica vinculante, ou seja, no primeiro nível de efectivação internacional dos direitos do homem, ao passo que é no segundo e terceiros níveis de eficácia, ou seja o nível da positivação e o da jurisdicionalização que se encontram os direitos mais sentidos pelas populações.

A expansão do catálogo dos direitos do homem até quase ao infinito é acompanhada por uma forte limitação na efectivação dos direitos fundamentais mais clássicos. Tal tendência deve-se sobretudo a uma intermediação burocrática de cariz administrativo que provoca o cerceamento, ou mesmo a inviabilização do seu exercício. É verdade que muitos destes direitos tem hoje o seu fundamento na própria Constituição não dependendo a sua aplicabilidade de lei em concreto. Mas é igualmente verdade que a excessiva e por vezes sem sentido intermediação burocrática anula completamente o direito em causa. Pense-se no exercício das liberdades económicas, como o direito de propriedade e as liberdades de escolha e exercício de profissão , de iniciativa económica, etc., em que a intermediação administrativa quer estadual, quer corporativa limita fortemente o exercício de tal direito sem que por vezes se vislumbre um efectivo interesse comunitário, e tudo isto num mundo em que nunca se falou tanto em liberdade económica e desregulamentação.

Das várias traves mestras que quanto a nós devem suportar a construção dos direitos do homem, uma há que merece realce e que diz respeito ao carácter concreto e não abstracto dos direitos. Ou seja, a consagração constitucional do conteúdo dos direitos fundamentais do homem deve ter presente as condições da sua efectivação real, do seu concreto exercício. Os direitos do homem devem servir o homem concreto e não algo de abstracto ou estereotipado.

No ano e no mês em que pela primeira vez um representante oficial da ONU para os direitos humanos visita a China há que destacar dois eventos que embora situados geograficamente na Europa demonstram uma tendência para a concretização dos direitos fundamentais, para a sua vivência em concreto e não como simples enunciados de princípios que ninguem pôe em causa mas que apenas poucos aproveitam. Um desses acontecimentos diz respeito à entrada em vigor a partir do próximo dia 1 de Novembro do protocolo 11 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Esta introdução consiste essencialmente na cessação da existência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu que funcionam a tempo parcial e consequente instauração de um novo Tribunal Europeu dos direitos do Homem a funcionar permanentemente em Estrasburgo. Por outro lado consagra-se uma melhor acessibilidade aos mecanismos comunitários às pessoas singulares. A segunda ocorrência a que me queria referir diz respeito à revisão do tratado da União Europeia em Amesterdão onde agora se consagra expressamente que a União se funda no respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. Uma verdadeira inovação consiste na possibilidade dada ao Conselho de suspender os direitos de um Estado prevaricador, continuando, contudo, aquele sujeito às obrigações decorrentes da aplicação do Tratado. O Conselho pode ainda tomar em concreto medidas que ache por bem para sancionar qualquer tipo de discriminação.

Com efeito, é hoje visível que o discurso acerca dos direitos fundamentais só fará algum sentido se no dia a dia, o homem em concreto, o homem de carne e osso, puder deles usufruir. Este mesmo entendimento foi defendido e incentivada a sua difusão no colóquio realizado no início deste mês em Estrasburgo, promovido pelo Conselho da Europa, com o objectivo de comemorar os cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Aliás este colóquio adoptou o sugestivo título "A efectividade da protecção dos direitos do homem".

Vamos concretizar: que sentido tem afirmar que o povo de Timor goza de liberdade de expressão e do direito à auto determinação? Muito pouco ou nenhum. Já que no terreno a ocupação militar indonésia impede o mímino exercício dos direitos fundamentais. Já que falo de Timor permitam-me que solicite que uma sua referência seja incluída na nossa declaração final. Timor Leste foi e é um território em que se fala português. É um território reconhecido pelo direito internacional como de administração portuguesa. E a situação vivida em Timor é há muito condenada pela ONU e pela União Europeia.

De que serve tudo isto se o povo de Timor continua a ser oprimido e martirizado pelo invasor indonésio? Serve acima de tudo para chamar a atenção da comunidade internacional para o drama aí

existente com vista ao isolamento do governo indonésio. É pouco, mas está a dar os seus frutos tendo nos últimos meses havido algum recuo por parte dos indonésios. Recorde-se contudo que só após dois terríveis factos, a prisão do líder do povo timorense Xanana Gusmão e o massacre no cemitério de Santa Cruz, cujas imagens as cadeias de televisão norte americanas difundiram para todo o mundo, o problema dos direitos humanos em Timor Leste começou a ter eco na comunidade internacional.

II
Os Direitos Humanos na Comunidade de Países da FIO

A protecção dos direitos do homem e a actuação dos *ombudsmen* ou instituições similares nos diversos países que compoem a FIO apresentam concerteza algumas diferenças fruto de variadas razões, pelo que julgo útil que cada um de nós exponha ainda que com a brevidade possível as particularidades das suas diversas expriências facultando-nos igualmente as suas reflexões sobre o tema que aqui nos traz.

É unanimemente reconhecido o papel protector dos direitos humanos que os *ombudsmen* realizam. Assim julgo ser nosso dever sensibilizar os necessários poderes públicos dos países geograficamente abrangidos pela FIO e onde não haja *ombudsman* para que este seja criado. Igualmente é de sensibilizar os países onde este já foi criado mas não se encontre ainda em funcionamento para que tal ocorra com urgência. Nos países onde existe este órgão a missão a encetar objectiva-se no fortalecimento dos seus poderes e na intensificação da sua actuação.

Todos nós sabemos que só com muita persistência, muitas dores de cabeça e por vezes alguns diferendos com a administração pública se consegue alcançar um resultado mínimo satisfatório. Só um forte sentido do dever e um espírito de sacrifício permite aos *ombudsmen* dos nossos países conseguir resultados positivos. É fundamental facilitar o acesso de todos os cidadãos e sem nenhumas espécies de entraves a todas as instâncias de defesa dos direitos dos cidadãos, para combater ao máximo todas as formas de discriminação. Ainda no início deste mês e no seio do Conselho da Europa foi aplaudida a importância dos *ombudsmen* na contribuição para que o Estado respeite as suas obrigações em matérias de direitos do homem. Mas para que esta apologia não se fique pela retórica do discurso torna-se necessário encetar acções concretas que devem ser levadas a cabo por todos os *ombudsmen* nos seus respectivos países. Assim, e a título exemplificativo, com vista a prevenir violações dos direitos do homem, tortura e maus tratos os *ombudsmem* devem na sua missão realizar inspecções às prisões, às esquadras policiais e a todos os outros locais de privação da liberdade. Devem ainda publicar e publicitar os relatórios destas actividades. No desenvolvimento de todo o seu trabalho, mas especialmente naquelas situações em que o confronto com os poderes do Estado se torna mais quente é imperioso a articulação com os diversos meios da comunicação social, sendo esta aliás o veículo prefencial na ajuda aos *ombudsmen* no exercício da actividade destes.

Por outro lado os *ombudsmen* devem contribuir ainda com mais empenho para o aumento da esfera de protecção e tutela jurídica dos cidadãos levando o controle da Administração a áreas que lhes escapam.

Algo deve ser tido em conta na expriência de cada um de nós enquanto defensores dos direitos do homem, e esse algo respeita à particular situação da região da América latina, à sua governabilidade e à consolidação das democracias neste espaço onde a pobreza e a dívida externa são indicadores de peso.

Uma palavra de registo para os direitos das mulheres e para as situações a que estas são sugeitas. A igualdade entre os sexos precisa de ser entendida em termos concretos nas regiões da nossa área de intervenção e não apenas como simples proclamação de princípios.

Deixem-me, antes de terminar, apresentar alguns casos práticos ocorridos na Provedoria de Justiça de Portugal. Deixo intencionalmente de fora as grandes inspecções realizadas aos estabelecimentos prisionais, às esquadras policiais, ao instituto público de reinserção social. Deixo igualmente de fora as matérias relacionadas com o poder judicial e as grandes batalhas que tenho

realizado com o Conselho Superior da Magistratura. Quero apenas dar-vos conhecimento daqueles pequenos casos considerando os interesses gerais, mas que são os que afectam apenas um cidadão individualmente considerado e que se encontra sozinho perante a bateria dos poderes da administração pública. São nestas situações de desespero que o nosso trabalho por vezes é mais gratificante e em que no caso concreto se efectiva a defesa dos direitos do homem. Um dos casos mais intrigantes que a Provedoria de Portugal tratou neste último ano diz respeito ao de um rapaz de cor chamado Estéreo João. O rapaz foi apanhado pelas autoridades policiais quando dormia ao relento junto a um centro comercial no Natal de 1991. Tinha sido denunciado pela vizinhança por praticar pequenos furtos. Este cidadão não possuía qualquer documentação, desconhecia a sua filiação, não sabia a sua idade, nem sequer o dia do seu aniversário. Os poderes estaduais sempre negaram ao Estéreo João a nacionalidade portuguesa, ou porque não era maior e portanto não se podia naturalizar, ou porque ele teria de fazer a prova de que não tinha nenhuma conexão com nenhum outro Estado estrangeiro. Por não conseguir registos públicos o Estéreo João não tinha direito a nenhuma prestação por parte do Estado, nem sequer à simples inscrição nos estabelecimentos de ensino. No entanto pela Declaração dos Direitos da Criança, todas tem direito a um nome e a uma nacionalidade. Ora tendo o Estéreo João apenas por referência o território português, é aqui que vive, fala a nossa língua, está de facto mais ligado à população portuguesa do que a qualquer outra, não fazia sentido não permitir o seu registo e dar-lhe uma nacionalidade e todos os direitos a ela inerentes. Assim e com base no princípio de direito internacional da ligação efectiva a um território, conseguiu-se ao fim de sete anos que o Ministério da Justiça e a sua Direcção Geral dos Registos e Notariados registasse como cidadão português o Estéreo João.

Outros exemplos dizem respeito à atribuição de habitação social a quem por força das regras legais não conseguiria obtê-las, mas que a sua situação específica levou com a intervenção da Provedoria à atribuição dessa habitação social a quem por força do espartilho das regras legais não conseguiria obtê-las. Tratavam-se de situações de grande injustiça social e onde os princípios da justiça e da solidariedade social prevaleceram sobre as estritas regras legais.

Por fim relato-vos o caso das chamadas 40 horas de trabalho semanais. O governo reduziu o tempo de trabalho para as 40 horas semanais, mas o diploma legal que disciplinou a matéria era confuso no respeitante às pausas no decorrer do tempo de trabalho. Para as entidades patronais o tempo das pausas devia ser descontado no horário de trabalho, para os trabalhadores e seus sindicatos o tempo das pausas estava incluído no tempo de trabalho. O caricato da situação é que com a redução legal do tempo de trabalho, alguns trabalhadores passaram a trabalhar mais horas já que os seus empregadores descontavam agora o tempo das pausas o que antes nunca tinha acontecido. A Provedoria mediou então os diversos interesses em presença acabando por gradualmente conseguir impor o entendimento de que as pausas contam como tempo de trabalho.

Resta-me terminar esta minha intervenção para, de seguida podermos escutar outras expriências. Diga-se no entanto que é preciso solidificar uma cultura dos direitos do homem em que a dissuassão prevaleça sobre a simples prevenção. E nesta caminhada nem sempre frutuosa é preciso pedalar como o ciclista, ou seja, sempre, senão o tombo é inevitável.

Caros colegas, muito obrigado.

2.8. O DIREITO DE ASILO EM PORTUGAL

VI Mesa Redonda com os Ombudsman Europeus
Malta, 7 a 9 de Outubro

1. O direito de asilo - introdução

Será importante, de molde a perceber a amplitude da questão em debate, descobrir qual o significado da palavra *asilo*. Esta, deriva do étimo grego com o significado de "aquilo que não pode ser pilhado". É neste sentido que a expressão *asilo* ganhou o significado corrente de local onde os perseguidos se encontram ao abrigo dos seus perseguidores.

Historicamente, o asilo consiste num privilégio que adquiriu foros de norma jurídica, de marcada origem consuetudinária. Na sua origem - e ainda hoje, em certa medida - este privilégio assumiu natureza religiosa - o asilo religioso -, evoluindo posteriormente para um instituto de natureza estadual - o chamado asilo territorial ou diplomático - que consiste na protecção concedida por um país estrangeiro a um refugiado político perseguido no seu país de origem.

Em direito internacional, esta norma de *ius cogens* que se traduz no direito de asilo, significa o direito de qualquer Estado, em relação a outro Estado, de conceder a qualquer indivíduo perseguido pelas autoridades deste último o direito a permanecer ou residir no seu território, ou nas suas extensões territoriais, a salvo desse Estado.

Deve, contudo, separar-se duas vertentes na discussão do direito de asilo: o seu uso e o seu abuso. No ordenamento jurídico português, a Constituição apenas confere este direito a quem seja ameaçado ou alvo de perseguição por motivos que a própria Lei Fundamental considera como nobres, tal como a democracia e os direitos do Homem[51]. Julgo, pois, que é neste quadro que nos devemos mover, sob pena de perversão do instituto.

2. Conceito constitucional de asilo

A Constituição da República Portuguesa de 1976 veio consagrar o direito de asilo, reconhecido aos estrangeiros e apátridas ameaçados ou alvo de perseguição, em consequência da sua actividade em prol de valores fundamentais como a democracia, a libertação social e nacional, a paz entre os povos, a liberdade e os direitos da pessoa humana, remetendo para a lei a definição do estatuto do refugiado (art. 33º, n.ºs 6 e 7). Nesta sede, acompanha-se o entendimento professado por eminentes constitucionalistas portugueses que assinalam três dimensões do direito de asilo: a *dimensão internacional*, enquanto direito dos Estados a dar refúgio a quem seja perseguido por outro Estado, permitindo a sua permanência no território nacional; a *dimensão pessoal*, enquanto direito do perseguido a obter refúgio e protecção (reforçada com a revisão constitucional de 1982, que transferiu o preceito para o capítulo dos direitos, liberdades e garantias); e a *dimensão constitucional objectiva*, enquanto meio de defesa dos valores constitucionais da democracia, da paz, da liberdade e dos direitos humanos[52] .

Cumpre realçar a dimensão pessoal do instituto do asilo, integrado no elenco dos direitos, liberdades e garantias e, como tal, beneficiário de um regime especial de protecção jurídico-constitucional, traduzido nas regras do art. 18º, da Constituição. Enquanto direito, liberdade e garantia não pode ser restringido por via legal, se não nos casos expressamente previstos na Constituição, limitando-se a restrição ao estritamente necessário para assegurar o exercício de outros direitos, não podendo, de todo o modo, afectar o conteúdo essencial do direito fundamental em causa.

3. A posição do Estado Português perante o Direito Internacional

Portugal aderiu aos dois instrumentos de direito internacional mais relevantes sobre o estatuto dos refugiados: a Convenção de Genebra, de 28 de Julho de 1951 (aprovada para adesão pelo Decreto-Lei n.º 43201, de 1 de Outubro de 1960) e o Protocolo Adicional de Nova Iorque, de 31 de Janeiro de 1967

[51] No texto da Constituição da República Portuguesa, no n.º 6 do art. 33º, garante-se o direito de asilo aos estrangeiros e apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.

[52] (Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 211).

(aprovado para adesão sem reservas pelo Decreto-Lei n.º 207/75, de 17 de Abril).

A definição de refugiado consagrada abrange aqueles que receiam com razão a perseguição em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo ou das suas convicções políticas, não podendo ou não querendo, por força daquele receio, voltar ao Estado da sua nacionalidade, residência ou último domicílio.

Este sentido, de resto, veio a ser acolhido nas sucessivas leis que regularam a concessão de asilo pelo Estado português. Na medida em que o nosso sistema de direitos fundamentais não se esgota no enunciado constitucional (art. 16º, n.º 1, da CRP), é de entender que a extensão com que o Direito Internacional enriquece o conceito já descrito do art. 33º é também aquela objecto da protecção devida aos direitos fundamentais em sentido material, e em especial, aos direitos, liberdades e garantias.

Os princípios fundamentais de Direito Internacional nesta matéria - em especial os que encontram expressão no direito a protecção do Estado em que a pessoa procura asilo e no direito de não ser expulso - vinculam o Estado português.

Ao nível europeu, com a eliminação das fronteiras internas e a livre circulação de pessoas no espaço comunitário, os requerentes de asilo - que em número crescente, sobretudo a partir da década de 80, passaram a afluir à Europa Ocidental - não deixaram de procurar essa liberdade para procurarem instalar-se nos diferentes Estados-membros, recorrendo para o efeito a pedidos sucessivos ou simultâneos. Por outro lado, o fluxo de candidatos a asilo foi registando um aumento crescente.[53] .

É neste contexto que nasce a Convenção de Dublin, a 15 de Junho de 1990. A filosofia da Convenção assenta na ideia da realização do mercado interno como um espaço no qual será assegurada a livre circulação de pessoas de harmonia com o disposto no Tratado da União Europeia. Partindo desse pressuposto, desenvolve-se um sistema que visa garantir a análise de qualquer pedido de asilo apresentado por um cidadão não comunitário na fronteira ou no território de um dos Estados-membros. Essa análise cabe a um único Estado-membro, a determinar de harmonia com os critérios estabelecidos na Convenção

Tais critérios visam desencorajar os pedidos de asilo múltiplos (sucessivos ou simultâneos) e solucionar conflitos negativos de competência, decorrentes da invocação da regra do país do primeiro acolhimento e geradores de situações como as dos chamados *requerentes de asilo em órbita*.[54] No essencial, pretende-se evitar a apresentação de vários pedidos pelo mesmo interessado e tornar mais rápido e eficiente o sistema de recepção e tratamento das petições, sem afectar as garantias dos requerentes.

Relativamente aos Acordos de Schengen[55], o direito de asilo está igualmente previsto na Convenção de Aplicação de 19 de Junho de 1990, que lhe dedica o capítulo VII do seu título II, arts. 28 a 38, inclusive. Tal como na Convenção de Dublin, o regime definido reflecte os mesmos princípios e objectivos para a determinação do Estado responsável para examinar um pedido de asilo [56].

Um problema que carece de resolução urgente é aquele que se prende com o envio de requerentes que viram o seu pedido indeferido para um Estado terceiro. Nem a Convenção de Dublin, nem o Acordo de Schengen, permitindo o *reenvio* de requerentes de asilo, exigem uma análise preliminar sobre as garantias que esse país terceiro oferece, não cuidando de aferir se o mesmo pode garantir uma

---

[53] Fonte: Comissão das Comunidades Europeias.

[54] No preâmbulo da Convenção de Dublin afirma-se expressamente que os Estados-membros estão empenhados em evitar que os requerentes de asilo sejam sucessivamente enviados de um Estado-membro para outro sem que nenhum desses Estados se reconheça competente para analisar o seu pedido de asilo.

[55] Fazem parte do Acordo a Alemanha, França, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Itália, Portugal, Espanha e Grécia. A Áustria prepara-se para ser membro de pleno direito do Acordo, após ter usufruido do estatuto de observador.

[56] Ver art. 30º do Acordo.

protecção efectiva[57].

Este é um ponto que merece alargada discussão, pois os Estados não podem demitir-se das suas obrigações de salvaguarda dos valores fundamentais da vida e dignidade humanas. Deve ser exigido, sempre que um Estado não conceda o asilo e proceda, consequentemente, ao *reenvio* do interessado para outro país, uma averiguação preliminar do regime a que essa pessoa estará sujeita, em face do ordenamento jurídico desse Estado.

E esse *reenvio* só poderá operar-se se se encontrar garantida a liberdade pessoal e a não sujeição a sanções físicas, tortura e outros tratamentos inumanos e degradantes, para além de se concluir, com certeza, que esse Estado não procederá ao posterior *reenvio* para o País de origem do requerente de asilo[58].

De todo o modo, as medidas que têm vindo a ser adoptadas no seio da União Europeia, por aplicação do Tratado da União Europeia , da Convenção de Dublin e dos Acordos de Schengen, em matéria de estabelecimento de um regime comum de permanência, saída e expulsão de estrangeiros, incluindo a política de vistos, de imigração e de asilo (consideradas políticas de interesse comum dos Estados-membros previstas no "3º Pilar" do Tratado de Maastricht), constituem o reverso da medalha da liberdade de circulação de pessoas dentro da União, traduzindo, por isso, a preocupação de assegurar uma fronteira comum e procedimentos uniformizados nestas matérias. Contudo parecem fundamentadas as vozes que se levantaram contra a visão de uma Europa fechada, uma "fortaleza" que protege apenas os seus, protegendo-se dos outros como se de criminosos ou oportunistas se tratassem.

Em grande parte, as legislações fortemente restritivas adoptadas nesta década - e Portugal não é excepção, como decorre da leitura do diploma legal sobre asilo agora revogado - servem esta concepção da Europa-Fortaleza.

Deverá ter-se sempre presente que, não obstante se admita que alguns pedidos de asilo possam escamotear uma tentativa de imigração económica, não poderá deixar de se criticar o entendimento que parte do princípio que o requerente de asilo por regra pretende apenas trabalho e salário. Insiste-se assim na necessidade de criteriosa distinção entre o uso e o abuso do direito de asilo, não apenas na perspectiva da repressão deste, mas, sobretudo, para acautelar aquele.

4. A legislação nacional em matéria de asilo

No decurso da vigência da Constituição, sucederam-se três diferentes regimes legais, aprovados, respectivamente, pela Lei n.º 38/80, de 1 de Agosto, pela Lei n.º 70/93, de 29 de Setembro e pela Lei n.º 15/98, de 26 de Março. É sobre esta última lei, de publicação muito recente, que recai a nossa atenção, sem prejuízo do que se entenda relevante da análise dos dois regimes anteriores.

Na década de oitenta foi publicada legislação sobre o direito de asilo (Leis n.ºs 38/80, de 12 de Agosto e 415/83, de 24 de Novembro). Deve-se notar que o legislador alargou os pressupostos do direito de asilo, indo além do clássico asilo político - constitucionalmente garantido aos activistas das causas enunciadas - , na medida em que concedeu este direito também aos perseguidos ou que receiem ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social (art. 1º, n.º 2, da Lei n.º 38/80, de 1 de Agosto). Parece ter sido esta a fórmula encontrada pelo legislador para tutelar as situações protagonizadas por pessoas comuns, menos visíveis e menos mediáticas, o que, convenhamos, também pode ser associado a uma menor protecção dos seus direitos. Nesta linha, o mesmo diploma legal consagrou ainda o chamado asilo humanitário, admitindo a sua concessão aos que não possam ou não queiram voltar ao seu Estado ou região "por motivos de

[57] Ver. Art. 29º, nº 2.

[58] Seria um regime semelhante àquele que existe em Portugal a propósito das extradições de cidadãos estrangeiros. Nos termos do art. 33º, nº 3 da Constituição, não há extradição por crimes a que corresponda pena de morte segundo o direito do Estado requisitante.

insegurança devida a conflitos armados ou de sistemática violação dos direitos humanos" (art. 2º)., ou seja, às vítimas da guerra e da perseguição e tortura. Esta figura do asilo humanitário não viria a ser retomada nos regimes de 93 e de 98, tendo sido substuída por um regime especial de permanência em território nacional (art. 10º, da Lei n.º 70/93 e art. 8º da Lei n.º 15/98), que prevê a faculdade de outorga de uma autorização de residência por razões humanitárias àqueles que não se enquadram nos pressupostos da concessão do asilo.

A Lei n.º 38/80 foi revogada e substituída pela Lei n.º 70/93, de 29 de Setembro. Este novo regime legal veio na esteira da adopção das políticas restritivas acima referenciadas, no âmbito da Europa comunitária, o que explica as suas principais inovações nesta matéria, quando confrontado com o regime anterior. Estas inovações - que muitos consideraram retrocessos - mereceram viva contestação por parte da doutrina e das organizações não governamentais, o que não deve ter sido alheio à revogação do diploma e à sua substituição por outro que pretende responder às críticas formuladas.

Entre estas críticas, é de realçar as que se prendem com a tutela judicial efectiva do direito de asilo. É que a Lei n.º 70/93 estabeleceu dois procedimentos de concessão de asilo: o processo nomal (artigos 13º a 18º) e o processo acelerado (artigos 19º e 20º), seguindo-se este nos casos que, em bom rigor, levariam a uma rejeição liminar do pedido de asilo (pedidos manifestamente infundados, prova da prática pelo requerente dos crimes referidos no art. 1º-F da Convenção de Genebra, etc.). Omitiu a lei, contudo, a possibilidade de impugnação judicial das decisões que denegavam o asilo no âmbito deste processo acelerado. Por outro lado e estando previsto o recurso judicial das decisões desfavoráveis tomadas no âmbito do processo normal, certo é que não era conferido efeito suspensivo ao recurso jurisdicional, pelo que recusado o asilo e determinada a expulsão do requerente, mesmo que este visse anulada por tribunal a decisão em causa, de pouco lhe valeria, pois ao momento não se encontrava já em território português.

A tal acrescia o facto de a lei de apoio judiciário exigir como requisitos de atribuição aos estrangeiros e apátridas a residência válida e regular em Portugal por período não inferior a um ano, o que, como se vê, exclui do âmbito da lei os requerentes do direito de asilo. Deve-se notar, porém, que a norma que tanto dispunha foi entretanto declarada inconstitucional com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional (cfr. Acórdão n.º 962/96 de 15 de Outubro de 1996).

Muito recentemente assistiu-se à publicação de nova lei sobre asilo - a Lei n.º 15/98, de 26 de Março. As alterações introduzidas e que se pautam por um maior rigor e pela introdução de garantias procedimentais e processuais revelam a ponderação dada às críticas formuladas à lei anterior. Nesta linha, cumpre dar relevo, a título exemplificativo, aos seguintes aspectos: a não consagração do procedimento acelerado, admitindo-se tão só a recusa de admissão dos pedidos de asilo, notificada ao requerente e sujeita a revisão judicial (artigos 15º e 16º da Lei n.º 15/98); limitação dos casos de recusa de asilo por razões alheias aos candidatos: deixa de constar a possibilidade de recusa por razões ligadas à situação social e económica do país; possibilidade de concessão de protecção temporária a pessoas deslocadas do seu país em consequência de conflitos armados que gerem fluxos de refugiados (art. 9º), o que constitui uma inovação pois alarga a protecção do Estado português aos chamados "refugiados de facto"; garantia de participação do Conselho Português Para os Refugiados no processo de concessão de asilo; atribuição de efeito suspensivo ao recurso judicial de impugnação das decisões finais de indeferimento; estabelecimento de regras especiais para os pedidos de asilo formulados nos postos de fronteira (artigos 17º e ss.) obrigatoriedade de o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras informar os requerentes sobre os direitos que lhes assistem, nos quais se passa a incluir o apoio de um intérprete; alargamento significativo do apoio social no período de *pré-asilo,* isto é, o período que decorre desde a entrada do requerente de asilo no país até à tomada de decisão final artigos 49º a 59º) e, consagração do princípio do reagrupamento familiar, que de mera concessão, passa a ser um direito reconhecido a quem o requeira (art. 4º).

Neste momento é prematura a apreciação do novo regime, pois naturalmente não se vislumbram ainda os frutos das regras que se acabaram de enunciar. As novas soluções nesta matéria, indo ao encontro das reinvidicações das organizações não governamentais e superando a generalidade das críticas feitas pela doutrina jus-publicista (sobretudo as que apontavam vícios de inconstitucionalidade às normas da lei anterior) sugerem uma evolução positiva da legislação portuguesa no domínio do direito de asilo. Ainda assim, não se pode perder de vista a prática da Administração Pública neste domínio.

5. A prática do direito de asilo em Portugal

Os dados estatísticos disponíveis [59] mostram que o número de pedidos de asilo formulados às autoridades portuguesas é diminuto, quando comparado com o número de requerimentos feitos aos outros países europeus. A título de exemplo, pode referir-se o ano de 1993, contrapondo-se os 1.659 pedidos de asilo em Portugal aos pedidos de asilo na Alemanha (322.842), na França (27.564), no Reino Unido (22.370), na Suécia (37.582) e na Espanha (12615).

Já no âmbito da vigência da Lei n.º 70/93, de 29 de Setembro, contabilizaram-se até 30 de Outubro de 1994 e por referência a esse ano 504 pedidos de asilo. Destes, em apenas quatro foi seguido o processo normal de concessão de asilo; os restantes (a grande maioria) foram decididos em processo acelerado.

Nos últimos três anos, foram formulados 793 pedidos de asilo a Portugal. (332 em 1995, 216 em 1996 e 245 em 1997). Também quanto a estes se regista que foi maioritariamente seguido o processo acelerado, o que só no ano de 1996 significou a opção pelo processo acelerado em 201 casos contra 15

[59] Os dados relativos aos anos de 1995, 1996 e 1997 são fornecidos pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras/Divisão de Refugiados. Quanto aos anos de 1993 e 1994, cfr. MARIA TERESA TITO DE MORAIS MENDES, "Asilo em Portugal", in O Asilo em Portugal, vol. I, 1994, pp. 55-57.

processos normais, o que, em termos percentuais, se traduz em 93% de processos acelerados contra apenas 7% de processos normais.

O que atrás ficou dito quanto à falta de meios de tutela judicial relativamernte às decisões desfavoráveis tomadas no âmbito dos processos acelerados, associada a um défice de garantias procedimentais dos mesmos (note-se, por exemplo, que em termos de publicidade dos actos bastaria a afixação do parecer do Comissário Nacional para os Refugiados nas instalações do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, dispondo o candidato a partir daí de apenas 48 horas para se pronunciar e por escrito), permite concluir que, no decurso da vigência da lei anterior, foi adoptada em concreto uma postura restritiva, lamentavelmente apoiada em medidas que não acautelavam os direitos dos candidatos a asilo.

Das decisões tomadas nos anos de 1995 a 1997, verifica-se que foi concedido o asilo a 21 pessoas, não sendo possível determinar se o direito de asilo foi extendido aos membros do seu agregado familiar. Por seu turno, foram recusados 898 pedidos de asilo. Mais uma vez, a tradução percentual destes números é elucidativa: do total de decisões proferidas 97,7% foram de recusa de asilo e apenas em 2,3% dos casos foi concedido o asilo.

Os pedidos de asilo formulados ao Estado português - e tendo por referência o ano de 1997 - provêm maioritariamente de africanos (180), pese embora a reduzida expressão do número de requerentes dos países africanos lusófonos (apenas 11). Seguem-se os pedidos formulados por cidadãos dos países do leste(48). Da União Europeia contaram--se dois pedidos (de cidadãos da Alemanha e da Hungria). Registaram-se ainda pedidos formulados por nacionais do Irão, do Iraque, do Líbano, da China, de Cuba, do Paquistão, do Bangladesh e por um apátrida.

6. A intervenção do provedor de justiça em matéria de direito de asilo

Os requerentes do pedido de asilo, habitualmente, desconhecem as instituições próprias de cada Estado a quem compete proteger os Direitos do Homem, Principalmente, aqueles que provêm de países onde a instituição do Ombudsman não existe Isto explicará, porventura, que haja um reduzido número de pedidos de intervenção nesta matéria ao provedor de justiça. Seguramente haverá, aqui, que solicitar uma mais intensa informação por parte do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras aos candidatos.

Todavia, registam-se alguns os processos organizados na Provedoria de Justiça Até que o Tribunal Constitucional viesse a declarar com força obrigatória geral a norma do regime do apoio judiciário que excluía a possibilidade de os candidatos serem assistidos por advogado oficiosamente nomeado, foram dirigidas ao provedor de justiça algumas reclamações, subscritas por organizações não governamentais, que pretendiam ver concedido tal benefício. Alguma jurisprudência já vinha desaplicando por inconstitucionalidade a norma em questão quando interpretada em sentido que impusesse aos requerentes darem como verificada a sua residência autorizada em Portugal por período não inferior a um ano. A intervenção do Ombudsman mostrou-se algo limitada, porquanto não pode este Órgão pronunciar-se sobre o teor de decisões judiciais. Contudo, sempre que possível foi adiantando a posição que o Tribunal Constitucional emitiria no seu acórdão n.º 962/96, de 15/10/1996. Pode ler-se neste acórdão: "*Esta solução é inconstitucional, desde logo, porque por ela se desconstrói a efectividade do direito de asilo, garantido aos estrangeiros e apátridas nos termos do art. 33º, n.º 6, da Constituição. A desejabilidade constitucional de realização do direito de asilo, que se radica nos valores da dignidade do Homem, na ideia de uma República de " indivíduos", e não apenas "cidadãos", e na protecção reflexa da democracia e da liberdade seria claramente inconseguida aí onde à proclamação do direito apenas correspondesse o poder de impetrar o asilo junto da Administração sem garantia de controlo judicial. A efectividade do direito de asilo exige, assim, decisivamente, o acesso ao apoio judiciário: exige-o em todos os casos de insuficiência económica*".

Outro ponto que não deixou de merecer reclamação junto do provedor de justiça prende-se com a falta de efeito suspensivo dos recursos contenciosos de actos que recusem a concessão de asilo, por estrita aplicação do princípio geral do Direito Administrativo, segundo o qual, os actos administrativos gozam de um privilégio de auto-tutela declarativa . A norma em questão já foi modificada pelo legislador através da referida Lei n.º 15/98, de 26 de Março.

Em terceiro lugar, é de referir um caso recente, cuja questão se prende com insuficiente informação dos requerentes. A reclamação foi transmitida pelo Ombudsman espanhol, pedindo ao provedor de justiça que investigasse do estado de um conjunto de processo organizados para apreciar pedidos de asilo de cidadãos húngaros, os quais se queixavam de intolerável demora. Viria a concluir-se que a instrução dos processos se mostrava obstaculizada, precisamente, por os requerentes se terem ausentado do território nacional, muito embora não transpusessem a fronteira do Espaço Schengen. O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras vinha notificando estes cidadãos húngaros que se diziam politicamente perseguidos a fim de estes apresentarem alguns indícios probatórios. A falta de resposta impediu, naturalmente, que fosse tomada decisão em tempo útil.

Por fim, aponta-se um caso que, embora não possa qualificar-se como de pedido de asilo ao Estado português, apresenta contornos muito aproximados e tem feito intervir o provedor de justiça. Timor-Leste, ocupado militarmente pela Indonésia desde 1975 constitui território não-autónomo, cuja potência administrante internacionalmente reconhecida é Portugal. É consabida a atitude genocida das autoridades indonésias relativamente ao povo de Timor-Leste. Muitos têm sido os timorenses que pedem asilo às missões diplomáticas acreditadas em Jacarta O seu destino é Portugal, que incessantemente vem procurando fazer valer o direito à auto-determinação do povo do Bispo D.Ximenes Belo e de Ramos Horta, laureados em 1996 com o prémio Nobel da Paz. Estes timorenses não são em Portugal asilados, pois é-lhes concedido passaporte nacional. No entanto, são verdadeiros refugiados e só lhes é possível entrar em Portugal depois de obterem este estatuto reconhecido por outro País a quem pedem asilo. Isto, porque Portugal não mantém, como se compreende, quaisquer relações diplomáticas com o Governo indonésio. Certo é que, por regra, a sua entrada em território nacional é feita em circunstâncias dramáticas, já que são forçados a longos períodos de reclusão no interior das embaixadas onde se refugiaram. O provedor de justiça tem desenvolvido uma acção de acompanhamento da recepção e acolhimento e do processo de integração destes cidadãos, a que não foi alheio o resultado de ter sido constituída uma comissão inter-ministerial que coordene o trabalho dos serviços dos diversos ministérios interessados: Educação, Saúde, Emprego, Segurança Social, Administração Interna, Justiça e Negócios Estrangeiros. Recentemente, veio a ser reconhecido o direito de estes cidadãos - deslocados forçadamente ou em fuga para Portugal - beneficiarem de um conjunto de medidas de apoio social com requisitos mais flexíveis que os que condicionam a atribuição dos mesmos benefícios à generalidade dos nacionais. Trata-se de uma medida de discriminação positiva plenamente justificada.

Em conclusão, o âmbito de intervenção do provedor de justiça em matéria de concessão de asilo não pode deixar de se considerar importante, quer ao nível do procedimento de concessão de asilo, quer ao nível da decisão que possa ser tomada, conhecendo-se, porém, as dificuldades de sindicância do preenchimento feito pelos órgãos competentes dos conceitos vagos e indeterminados que a lei utiliza ao enunciar os critérios que devem pautar essas decisões (vg. segurança nacional, receio de perseguição, conflitos armados graves).

O provedor de justiça tem ainda ao seu alcance a possibilidade de procurar o aperfeiçoamento das leis que se revelem injustas ou desadequadas, através da formulação de Recomendações dirigidas aos órgãos legislativos, bem como o poder de requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade das normas contidas nas leis vigentes, quando tal se mostrar necessário à salvaguarda dos princípios, valores e preceitos da Lei Fundamental.

2.9. DIREITO DO TRABALHO-ECONOMIA E ESTADO
II CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO

IST, Lisboa 20 de Novembro

Quero em primeiro lugar agradecer à organização deste II Congresso Nacional de Direito do Trabalho e em especial ao Prof. António Moreira o convite que me endereçaram para pelo segundo ano consecutivo presidir a um dos temas do Congresso. Quero igualmente cumprimentar os restantes membros desta mesa e todos os outros intervenientes e participantes neste Congresso.

A articulação entre a Economia e o Estado traduz-se numa relação difícil, por vezes conflituosa, que tem variado ao longo do tempo e do espaço. A introdução do Direito do Trabalho nesta dicotomia vem complicar esta concatenação ao trazer à colação problemas e situações que aqueles -Economia e Estado - vão ter de considerar. A partir daqui o jogo desencadeia-se com o objectivo de cada um deles ganhar a prevalência em relação aos outros. É esta superioridade que temos visto alternar-se fruto da evolução histórica e do espaço de vivência concreta destes referentes. Não se indague o porquê da alternância nos seus vários momentos nem as razões para as alterações então verificadas em cada um destes contextos, já que o fio condutor nem sempre é visível, e a lógica nem sempre é compreensível. Por vezes a não racionalidade e a moda dão os seus contributos nestas matérias.

O Direito do Trabalho tem sido susceptível à própria evolução da concepção e papel desempenhado pelo Estado na sociedade, como de igual forma o tem sido em relação às diferentes doutrinas económicas que em cada momento presidem a essa mesma sociedade.

Até final da década de setenta o papel interventor do Estado fez-se sentir com alguma força na regulação das relações laborais. Posteriormente as ideias de flexibilidade e polivalência das condições de trabalho vieram a impôr-se por força das ideias neoliberais. [60] Na verdade o neoliberalismo político-económico fez nos últimos tempos vingar a sua tese de fidelidade ao dogma do mercado levando ao enfraquecimento do Estado nos seus fins e na sua actuação. É a este propósito que surge o denominado Direito do Trabalho da Crise em que a ideia de protecção que sempre caracterizou este ramo do direito é entendida como um dos obstáculos ao desenvolvimento do mercado de trabalho já que o forte protecionismo que gozam os trabalhadores empregados poria em causa os desempregados e os jovens à procura do primeiro emprego, acabando mesmo por pôr em risco a sobrevivência da empresa e, consequentemente dos postos de trabalho. Na síntese feliz do Mestre José João Abrantes "...o intervencionismo estadual e a autonomia colectiva limitam o bom funcionamento do aparelho produtivo, levando à retracção da oferta do emprego e à falta de mobilidade de mão de obra, havendo, pois, que revalorizar o contrato individual de trabalho, numa óptica liberal, nele tudo sendo permitido estipular, a pretexto do "consenso"". [61] Nesta lógica o económico largamente suplanta o social e as exigências do funcionamento do aparelho produtivo sobrepõem-se ao respeito dos direitos dos trabalhadores, ou diria mesmo sobrepõem-se aos direitos do homem.

Como afirmou o Dr. Garcia Pereira na sua intervenção no I Congresso nacional de Direito do Trabalho realizado no ano transacto, [62]o Estado tem assumido um papel que claramente acentua o desequilíbrio das posições negociais existentes já à partida mesmo que actue sob a capa formal da neutralidade. Não se pode esquecer a especificidade do nosso país onde o tecido empreserial e as diversas

---

[60]ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 10ª ed., Coimbra, 1998, p. 41-42.

[61] As actuais encruzilhadas do Direito do Trabalho, in Direito do Trabalho. Ensaios, Lisboa, 1995, pág. 34.

[62]Negociação colectiva, concertação social e intervenção do Estado, in I Congresso Nacional do Direito do Trabalho. Memórias, Coimbra, 1998, p. 74-75.

organizações de natureza laboral - quer patronais quer sindicais - nunca assumiram a força e o protagonismo das suas congéneres europeias. Daí não ser de espantar que o Prof. Meneses Cordeiro afirme que " A principal clivagem entre a experiência portuguesa e outras experiências europeias reside na relativa fraqueza dos factores periféricos de dinamização do direito do trabalho; essa fraqueza tem sido compensada por um papel liderante assumido pelo Estado e pelo poder político central." [63]

O Direito do Trabalho num país como Portugal, integrado no espaço europeu sofre as influências e as imposições que a um membro dessa Comunidade se fazem sentir. Para lá desta factualidade a globalização e a mundialização de que hoje tanto se fala lembram-nos que Portugal não vive isolado no mundo.

A política social não fazia parte dos elementos iniciais da construção europeia. Na sua versão inicial o Tratado não se propunha realizar uma verdadeira política social que beneficiasse os trabalhadores comunitários, mas apenas criar um mercado comum do trabalho onde a liberdade de circulação dos assalariados fosse plena. No fundo as condições de trabalho e de emprego foram relegadas para um plano secundário no quadro de funcionamento do mercado económico. Só com a crise dos anos 70 que afectou os países da União Europeia se passou a reconhecer o reforço da integração social como uma das componentes do desenvolvimento do mercado comum. Esta mudança foi assumida em termos expressos na Resolução do Conselho da CEE de 21 de Janeiro de 1974, que aprovou um programa de acção social. A partir de então os problemas relacionados com as condições de emprego e trabalho passaram a adquirir autonomia progressiva e deixando de ser vistas como aspectos secundários da construção do mercado económico como o comprovam as alterações introduzidas no Tratado de Roma. Foi o que fez o artº 21 do Acto Único que aditou o artº 118-A ao Tratado, obrigando a Comunidade através de directivas a instituir prescrições mínimas com vista à melhoria das condições de trabalho, de segurança e de saúde dos trabalhadores, e a promover a coesão económica e social na Comunidade (artº 130-A a 130-E).

Destaque neste direito social comunitário merece a Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores aprovada em 1989, e que apesar de não possuir força vinculativa tem servido como guia no domínio social.

Nestes últimos tempos a consciência da importância da defesa de políticas sociais acentuou-se. O Tratado de Maastricht reforçou e clarificou os objectivos sociais definidos no Acto Único, instituindo a cidadania da União. Foi alterada a regra da unanimidade que até então presidia a qualquer tipo de regulamentação em matéria de emprego e condições de trabalho(artº 100), substituindo-a pela regra da maioria qualificada nos domínios aí especificados. Foi pela primeira vez reconhecido a contratação colectiva comunitária, ou seja os parceiros sociais podem concluir acordos a nível comunitário e estes podem ser aplicados com base numa decisão do Conselho.

O Tratado de Amesterdão veio a consagrar sem ambiguidades o emprego como a mais alta prioridade na agenda política da União e determinou a adopção de medidas mais efectivas e eficazes de combate aos problemas relacionados com o desemprego estrutural que se verifica na Europa comunitária. [64]

Contudo e por força do princípio da subsidiariedade vários sectores do direito laboral como os salários, despedimentos, horários de trabalho, direitos sindicais, etc, continuam a manter-se sob a jurisdição dos diversos Estados membros. No entanto estes não podem por força do princípio de ordem pública social estabelecer disposições mais desfavoráveis aos trabalhadores do que o consagrado pelas normas comunitárias.

É no campo reservado aos diversos Estados membros que em Portugal se tem de equacionar o

[63] ANTÓNIO MENESES CORDEIRO; Manual de Direito do Trabalho, Coimbra, 1991, p. 49.

[64] Sobre toda esta matéria com interesse, FRÉDÉRIQUE SACHWALD, L'Europe et la mondialisation, Paris, 1997, em especial p. 95 e ss.

papel e a força que se quer atribuir a cada um dos vectores do nosso tema. O Estado e a economia ou, se quisermos e sem subterfúgios, o Estado e o mercado teêm neste jogo de força permamente que acautelar substancialmente e não apenas formalmente os direitos dos trabalhadores.

Como moderador deste tema não me compete, nem me fica bem, comprometer-me com qualquer dos lados ou ensaiar pistas de solução, mas apenas apresentar alguns tópicos referentes ao tema. Mas tambem não fico bem com a minha consciência se não tecer alguns comentários em relação a matérias concretas que se verificam actualmente em Portugal.

A matéria dos acidentes de trabalho foi recentemente regulada pela Lei n.º 100/97 de 13 de Setembro que aprovou o novo regime jurídico dos acidentes de trabalho e das doenças profissionais. Esta lei, diz o art.º 41, seria regulamentada no prazo máximo de 180 dias a contar da sua publicação. Até ao momento não o foi, continuando a vigorar a caduca lei n.º 2127 de 3 de Agosto de 1965. Só isto já seria escandaloso, mas mais gritante é a aplicação da actual lei que concede pensões de miséria e indemnizações insignificantes aos acidentados no trabalho. E nesta matéria os tribunais de trabalho não saem dignificados já que na maior parte das vezes não exploram a lei sufecientemente com o objectivo de permitir minorar os danos dos trabalhadores.

O desemprego[65] tem vindo infelizmente a aumentar. Mas socialmente mais irritante são todas as formas encapotadas de emprego ou desemprego, consoante os gostos. Fala-se com à vontade de precarização do emprego,e o que é que faz o Estado para dar segurança aos trabalhadores que se encontram nesta situação?. A comunicação social trás até nós relatos constantes de trabalho clandestino, de trabalho de crianças, e o que fazem os poderes públicos? Não terão razão estes trabalhadores, estas pessoas para se sentirem excluídos, para se sentirem rejeitados deste mundo.[66]

Há, permitam-me que o diga, uma omissão do Estado, não dotando as inspecções do trabalho ou a justiça laboral de meios adequados para combater realmente estas situações. Por vezes dá a ideia que o Estado tolera a violação da legislação do trabalho por cujo cumprimento devia zelar. Tome-se como exemplo as condições de segurança no tralbalho no sector da construção civil e obras públicas.

Terminemos como começa Viviane Forrester o seu "O HORROR ECONÓMICO". "Vivemos no meio de um logro magistral, de um mundo desaparecido que nos recusamos a reconhecer como tal, e que políticas artificiais pretendem perpetuar. Milhões de destinos são devastados e aniquilados por esse anacronismo, devido a estratagemas tenazes destinados a dar como imperecível o nosso tabu mais sagrado: o do trabalho."

Muitas vezes somos indiferentes, por vezes devíamos ter vergonha e tal como esta autora cinicamente refere "A vergonha devia ter cotação na bolsa; é um elemento importante do lucro".[67]

---

[65]Vejam-se as ideias cruas expendidas por ALAIN MINC, La Mondialisation Heureuse, Paris, 1997, p. 108-132.

[66]ALAIN TOURAINE, Lettre à Lionel Jospin, Paris, 1996, p. 41.

[67]VIVIANE FORRESTER, O Horror Económico, Lisboa, p. 7 e 13.

4.

Actividade

da

da linha verde

"Recados da Criança"

Linha Verde "Recados da Criança"

Durante o Ano de 1998 a Linha Verde "Recados da Criança" recebeu **1.219** chamadas telefónicas.

Destas:

60,7% - foram resolvidas directamente por telefone;

25,8% - foram chamadas de brincadeira, ininteligíveis, com escassez de dados acerca da realidade da situação, ou, ainda, sem referência de telefone, ou endereço.

13,5% - exigiram abertura de processo formal nos serviços da Provedoria de Justiça. Entre estes últimos contam-se alguns resultantes de denúncia apresentada por escrito.

Verificou-se pois dentro do limite de chamadas recebidas uma subida notável dos casos apresentados, subindo para 13,5% em face dos 2% de 1996 e 3% de 1997.

A maioria das queixas são apresentadas pelas próprias crianças, ou por adultos directa ou indirectamente empenhados na sua salvaguarda: pais (sobretudo em processos de separação litigiosa), avós, tios, vizinhos, professores, médicos e técnicos de serviço social.

Em relação às denúncias apresentadas pelas próprias crianças as mais graves referem-se a maus tratos, falta de aproveitamento escolar em consequência da separação dos pais, dificuldade de adaptação ao/à novo/a companheiro/a da mãe ou do pai. Muitas vezes crianças e adolescentes recorrem aos "Recados da Criança" para desabafar: uns sentem-se muito sós, outros não têm nada que fazer, uns poucos (sobretudo meninas) acham que ninguém lhes presta atenção, alguns, ainda, contam das suas dificuldades no estudo; por vezes há os que perguntam para que serve esta "Linha Verde".

Em todos estes casos o mais importante é estar disponível para atender cada qual *de per si*. Perceber quando se trata de um passatempo (como em alguns casos), ou quando, a partir de uma curiosidade inicial, se colocam questões sérias. Saber ouvir, para responder de modo adequado ao estádio mental e de compreensão da criança, torna-se um desafio à compreensão e ao bom senso.

Quando as situações são complexas procura-se desmontar a exposição, até chegarmos aos factos e, a partir destes, à identificação das causas. Os resultados mais positivos são os que despertam no/a reclamante uma decisão de melhorar a atitude ou a actuação em relação aos outros. Sempre que nos é pedido procuramos um

esclarecimento e/ou apoio junto dos adultos em causa.

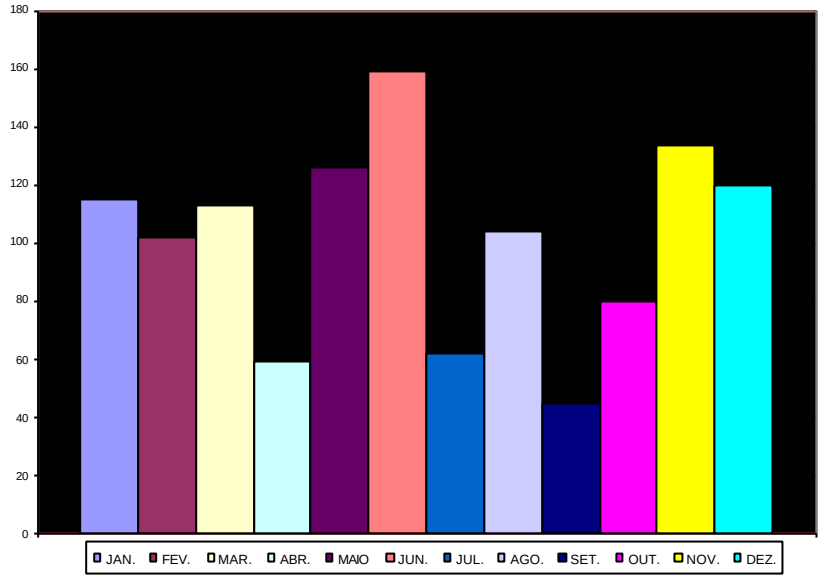
Em relação às queixas que exigiram abertura de processo formal, os temas mais frequentes foram: a atribuição do Poder Paternal; o incumprimento das visitas periódicas estabelecidas a partir da regulação do Poder Paternal; maus tratos; abuso sexual; gravidez de menores; toxicodependência; pais alcoólicos; fugas de menores; crianças deficientes; órfãos em condições precárias de sobrevivência.

Para a resolução de muitos casos contámos com a cooperação de diversas entidades, tanto oficiais, como particulares: PAFAC (Projecto de Apoio à Família e à Criança), IAC (Instituto de Apoio à Criança), Curadores de Menores, C.P.M.(Comissões de Protecção de Menores), C.R.S.S.(Centros Regionais de Segurança Social), C.R.S.(Centros Regionais de Saúde), P.S.P. e G.N.R.

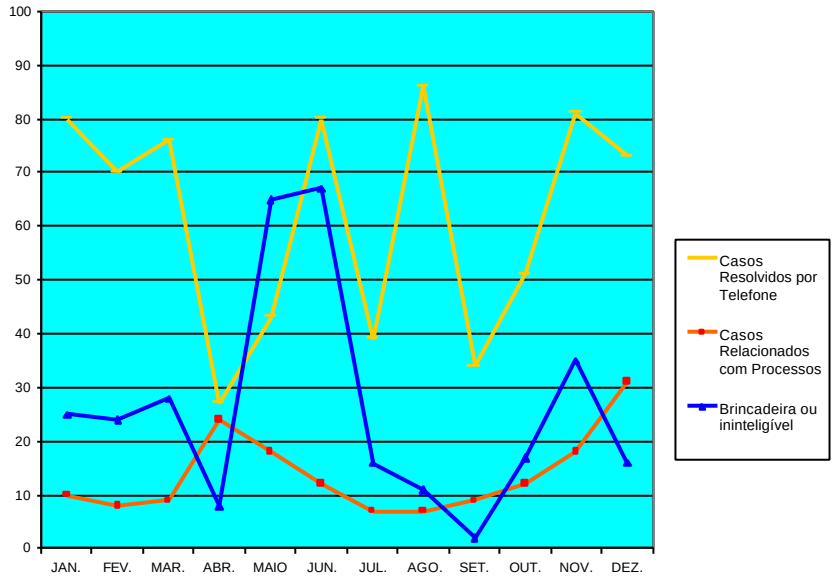
As chamadas, ao longo do ano, apresentaram a seguinte frequência:

	Casos Resolvidos por Telefone	Casos Relacionados com Processos	Brincadeira Ou ininteligível	Total	%
JAN.	80	10	25	115	9,43
FEV.	70	8	24	102	8,37
MAR.	76	9	28	113	9,27
ABR.	27	24	8	59	4,84
MAIO	43	18	65	126	10,34
JUN.	80	12	67	159	13,04
JUL.	39	7	16	62	5,09
AGO.	86	7	11	104	8,53
SET.	34	9	2	45	3,69
OUT.	51	12	17	80	6,56
NOV.	81	18	35	134	10,99
DEZ.	73	31	16	120	9,84
TOTAL	**740**	**165**	**314**	**1219**	
%	**60,7**	**13,5**	**25,8**		

Totais por Mês



Evolução Mensal por Temas



Houve oportunidade, durante o Ano de 1998, de participação em vários colóquios e reuniões promovidos por várias entidades.

Desde 1 de Junho de 1998 o provedor de justiça está representado na Comissão Nacional de Protecção das Crianças e Jovens em Risco, através da Linha Verde "Recados de Criança".Esta iniciativa conjunta dos Ministérios da Justiça e do Trabalho e Solidariedade encontra-se consignada no Decreto-lei n.º 98/98, de 18 de Abril, publicado em Diário da República, I Série-A, n.º91, pp.1711 a 1713.

Quando, na 1ª reunião, foi solicitado a cada participante que destacasse alguma situação de risco para as crianças, pela nossa parte chamámos a atenção para

a necessidade de revisão do sistema de avaliação no 1º Ciclo do Ensino Básico. Com efeito há que verificar, logo no início da escolaridade, da existência de condições para a aquisição das bases consideradas indispensáveis para a formação e informação dos menores, tal como se encontra, consagrado na Constituição da República Portuguesa (Artigos 73º a 79º, do Capítulo III.).

Na 2ª reunião da Comissão Nacional o Senhor Presidente comunicou a entrada em funcionamento de nove unidades de emergência, com cinquenta camas disponíveis, para albergar temporariamente menores em situação de perigo. Tivemos oportunidade de constatar tratar-se da implementação de um projecto apresentado, no ano anterior, pelo provedor de justiça.

De 3 a 4 de Setembro o provedor de justiça esteve representado no European Network of Ombudsmen for Children (ENOC), promovido pelo Danish National Council for Children's Rights, em Copenhaga.

Encontraram-se, também, representantes da Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia.

A organização propôs o estudo de vários temas, como:"Modelos de participação directa das Crianças", "Educação para a não violência", "Crianças imigrantes e pertencentes a minorias", "Crianças em conflito com a Lei", "Violência doméstica", "A situação de Crianças carentes dos cuidados mínimos" e "Adolescentes em situações difíceis".

Pela nossa parte sugerimos a necessidade de um estudo fundamentado acerca de:

1-"O Espaço de que dispõem as crianças na vida familiar e os espaços a que têm acesso nos tempos livres".

2-"O tempo de convívio das crianças com a família e o que podem dedicar a actividades lúdicas, de acordo com o seu nível etário".

Foi gratificante a reflexão conjunta sobre questões actuais visando a defesa dos Direitos da Criança.

Em 27 de Novembro de 1998 foi assinado um Protocolo de cooperação do provedor de justiça com o PAFAC (Projecto de Apoio à Família e à Criança) e o IAC (Instituto de Apoio à Criança).

Sendo função principal do provedor de justiça "a defesa e promoção dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos dos cidadãos" (Art.º 1º, Capitulo I, da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril) têm sido criadas as condições de acesso às crianças, em

plano de igualdade com os demais cidadãos.

III

Índices

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- Concurso Externo. Recrutamento e Selecção de Pessoal. Júri. Constituição e Substituição (Irregularidade) ; P-98/2314; R78/A/98.....871
- Concurso Público. Obras de Restauro. Teatro Faialense. Adjudicação. Irregularidades; P-97/4635; R31/A/98.....729
- Nomeação. Membros do Conselho Regional dos Centros Regionais de Segurança Social. Composição. Órgão Interdepartamental e de Representatividade Mista. Órgão Consultivo; P-97/1851; R1/B/98.....427
- Obrigações Pecuniárias. Atraso no Pagamento a Particulares. Juros de Mora. Não acatamento da Recomendação R33/A/97.; P-94/2530; R81/A/98.....417
- Recrutamento e Selecção de Pessoal Docente. Requisito Geral de Admissão: Nacionalidade. Princípio da Equiparação de Direitos de Estrangeiros e Apatrídas aos Cidadãos Nacionais (Violação); P-98/333; DI.....631

AMBIENTE

- Convenção relativa à Protecção da Vida Selvagem e dos Habitats Naturais na Europa (Convenção de Berna). Cedro do Mato (Janiperus Brevifolia). Medidas de Protecção; P-96/2678; R77/A/98.....857
- Dano Contra a Natureza. Crime. Corte de árvore. Licença. Objecto Classificado. Protecção Especial.; P-97/3436 ; R22/A/98; R21/A/98.....680, 692
- Indústria Incómoda e Poluente. Tinturaria. Poluição de Recursos Hídricos. Medidas de Polícia. Suspensão do Fornecimento Energético; P-91/2593; R38/A/98.....237
- Indústria. Licenciamento. Solos. Contaminação. Despejos para a Via Pública. Produtos Tóxicos. Prescrições Legais Hígio-Sanitárias. Incumprimento. Suspensão da Laboração; P-98/1681; R73/A/98.....329
- Licenciamento Industrial. Estudos de Impacto Ambiental. Parecer Obrigatório. Cumprimento de Prazos ; P-97/56; R20/A/98.....209
- Pirotecnia. Substâncias Explosivas. Segurança. Regulamento (Incumprimento do). Licença de Polícia. Acto Precário. Caducidade; P96/1721; R54/A/98.....287
- Protecção de Animais. Tauromaquia. Touros de Morte. Tutela Jurídica Penal. Costume Contra Legem. Princípio do Primado da Lei. Crime (Prevenção do). Princípio da Subordinação da Administração à Lei. Medidas de Polícia.; P-96/4843; R-97/3872; 52/A/98....274
- Ruído. Actividade Industrial Ruidosa. Licença de Utilização Inexistente. Contra-Ordenação/Despejo Administrativo. Processo de Regularização; P92/2699; R19/A/98 203
- Ruído. Horário de Funcionamento. Regulamento Policial da RAA. Regulamento Geral do Ruído. Norma Especial.; P-97/2537; R5/A/98.....645
- Ruído. Sociedade Filarmónica. Violação do Regulamento Geral sobre Ruído. Licenciamento de Actividades Ruidosas. Processo Contra-Ordenacional. Competência (Irrenunciável); P-98/2184; R55/A/98.....826

ASSOCIAÇÕES PÚBLICAS

- Técnicos Oficiais de Contas. Inscrição na Associação do TOC; P98/2105; R4/B/98 378

AUTARQUIAS LOCAIS

- Heráldica das Freguesias. Uso de Símbolos Heráldicos; P-98/1737; R60/A/98; R61/A/98 597
- Remoção Ilegal de Veículo. Abandono. Notificação do Proprietário. Ressarcimento dos Danos; P-96/4404; R59/A/98.....559

CONTRIBUIÇÕES E IMPOSTOS

- Contribuição Autárquica. Classificação de Imóvel. Prédio Urbano. Efeitos Constitutivos da Declaração de Intenção. Impossibilidade de Construção. Alteração de Classificação; P-92/3265; R48/A/98.....402
- IRS. Despesas de Saúde. Quotizações. Instituições Prestadoras de Serviços Médicos; P-91/1480; R2/A/98.....364
- IRS. Hipovisão; P-96/4; R47/A/98.....392
- Liquidação Indevida de Contribuição Industrial. Responsabilidade Civil do Estado por Actos de Gestão Pública. Procedimento Negligente da Administração Fiscal; P-93/1164; R70/A/98 409
- Sisa. Isenção. Conta Poupança Emigrante ; P-94/152; R46/A/98 381

CULTURA E COMUNICAÇÃO SOCIAL

- Dança. Subsídio. Concurso Público. Critérios de Selecção. Imparcialidade. Dever de Fundamentação; P-98/2958; R72/A/98.....316
- Dança. Subsídio. Concurso Público. Imparcialidade. Dever de Fundamentação; P-96/4268; R4/A/98.....42

DIREITOS LIBERDADES E GARANTIAS

- Código da Publicidade. Restrição à Publicidade de Jogos de Fortuna e Azar. Apostas Mútuas Hípicas. Regimes Paralelos. Princípio da Igualdade; P95/33; DI.....600
- Direitos de Autor. Regulamentação. Inexequibilidade da Lei. Código dos Direitos de Autor; P-98/4052; R12/B/98.....591
- Ensino da Condução. Acesso à Profissão. Restrição de Direitos, Liberdades e Garantias.; P-98/2317; DI.....619
- Minorias. Discriminação em Razão da Cor. Principio da Igualdade (Violação); P-98/15; R63/A/98.....564

EDUCAÇÃO E ENSINO

- Acesso ao Ensino Superior. Concurso Especial. Titulares de Cursos Médios ou Superiores. Critérios de Seriação. Preferência. Falta de Fundamento Específico. Princípio da Igualdade (Violação); P-96/452; R8/B/98.....449

- Acesso ao Ensino Superior. Regiões Autónomas. Prioridade Absoluta. Ilegalidade. Violação do Principio da Igualdade. Preferência Regional.; P97/3793; R28/A/98.....478
- Ensino Secundário. Língua Estrangeira II. Obrigatoriedade. Alteração do Regime (Forma Inadequada). Princípio da Hierarquia das Fontes (Violação). P-98/1255; R10/B/98 452

ESTRANGEIROS

- Liberdade de Profissão. Associação de Arquitectos Portugueses. Associação Pública. Organização de Concurso Limitado. Princípio da Igualdade (Violação); P-96/4505; R45/A/98 251

EXPROPRIAÇÃO E REQUISIÇÃO DE BENS

- Direito à Propriedade Privada. Apropriação por Câmara Municipal. Formas de Aquisição de Bens Imóveis Privados: Negócio Jurídico ou Expropriação. Abuso de Direito ; P-96/3172; R57/A/98.....296
- Direito à Propriedade Privada. Prédio Rústico. Ocupação. Câmara Municipal. Indemnização ; P-98/2616; R80/A/98.....335

FORÇAS ARMADAS

- Regulamento Disciplinar Militar. Competência Disciplinar. Instrutor e Decisor. Princípio da Imparcialidade da Administração Pública (Violação); P-98/6; DI.....623

FUNÇÃO PÚBLICA

- Aposentação Antecipada e Voluntária. Requisitos; P-96/1919; P-97/3977; P-97/3978; R41/A/98.....800
- Aposentação. Docentes. Igualdade de Tratamento. Proibição do Arbítrio; P96/2958; DI 607
- Carreira Docente. Contagem de Tempo de Serviço. Progressão. Falta por doença. Acto Administrativo. Falta de Fundamentação. Princípio da Boa Administração; R-96/3987; R9/A/98.....673
- Carreira Docente. Índice Remuneratório. Contrato Administrativo de Provimento. Licenciatura. Habilitação Própria (Falta de). Discriminação Região Autónoma/Continente; P-96/4475; R8/A/98.....662
- Carreira Docente. Omissão de Regulamentação. Requisito de Aplicabilidade. Direito à Progressão na Carreira; P-97/2200; R5/B/98 516
- Carreiras. Direitos dos Trabalhadores. Direitos das Associações Sindicais. Direito de Participação no Procedimento Legislativo. Dever de Exaustão; P96/3530; DI 358
- Concurso de Acesso. Assessor. Atraso nas Nomeações. Extinção do Serviço. Candidatos Aprovados. Direito ao Provimento; P-94/464; R35/A/98.....526
- Concurso de Provimento. Auxiliar de Educação. Exercício de Funções de Educadora de Infância; P-98/1609; R1/A/98 509

- Concurso. Cargos Dirigentes. Burocratização Excessiva. Relação de Confiança; P-98/16; R9/B/98.....518
- Contagem de Tempo de Serviço. Cargo Dirigente. Progressão e Promoção. Cessação da Comissão de Serviço. Direito à Carreira. DL 323/89 e DL 34/93. Princípio da Confiança.; P-96/2801; R71/A/98.....529
- Pagamento de Propinas. Isenção. Agentes de Ensino. Ensino Superior; P98/2292; R14/B/98 459
- Regime de Substituição Irregular. Técnico Superior de 2ª Classe. Exercício de Funções de Director de Estabelecimento. Enriquecimento sem Causa. Diferença de Retribuição.; P-97/4859; R74/A/98.....542
- Trabalhador-Estudante. Concessão do Estatuto. Requisitos. Falta de Fundamentação. Prova (condição de estudante); P-98/1413; R56/A/98.....831

HABITAÇÃO

- Programa de Apoio à Habitação. Atribuição de Subsídio. Irregularidades Processuais da Administração. Princípio da Boa Fé. *Venire contra factum proprium.* Princípio da Decisão; P-97/3976; R66/A/98 841
- Programa de Apoio à Habitação. Cooperativas de Habitação. Subsídio a Sócios. Suspensão do Pagamento. Reposição da Legalidade; P-97/3093; P97/3109; P-97/3439; P-97/3445; P-98/0245; R30/A/98.....720

PATRIMÓNIO CULTURAL

- Baía de Angra do Heroísmo. Património Mundial. Construção de Porto de Recreio. Avaliação do Impacto Ambiental; P-98/2188; R37/A/98 752

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL

- Obra Particular. Licenciamento Camarário. Segurança Inadequada. Acidente. Morte. Dever de Indemnizar; P-96/16; R34/A/98.....222
- Obras na Via Pública. Sinalização Deficiente. Acidente de Viação. Danos. Câmara Municipal. Dever de Indemnizar; P-96/5733; R32/A/98.....746

SAÚDE

- ADSE. Funcionários do Centro de Medicina de Reabilitação da Região Centro. Não Reconhecimento de Beneficiários de Pleno Direito. Erro Grosseiro na Redacção da Lei. Interpretação Correctiva; P-97/4910; R3/B/98.....434
- Deslocação de Doente. Intervenção Cirúrgica. Comparticipação do Serviço Regional de Saúde; P-96/1031; R24/A/98 708
- Deslocação de Doente. Tratamento. Pagamento. Requisitos. Sistema Regional de Saúde; P-97/300; R51/A/98.....820
- Doença no Estrangeiro. Internamento e Tratamento. Despesas (Pagamento). Caso de Força Maior; P-97/970; R40/A/98.....481

- Estabelecimento Pecuário. Pedido de Legalização. Obrigação de Indeferimento da Administração. Medidas Reintegradoras dos Interesses Públicos Urbanísticos e Ambientais; P-97/4897; R65/A/98. 300

SAÚDE PÚBLICA

- VIH (Vírus da Imunodeficiência Humana). Contágio. Transfusões de Sangue. Estabelecimentos de Saúde. Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado. Actividade Excepcionalmente Perigosa. *Leges Artis*. Compensação. Princípio da Solidariedade; P-94/860; P-96/5694; P-98/1673; R75/A/98; R11/B/98.....492

SEGURANÇA PÚBLICA

- Abuso de Poder. GNR. Manifestação. Acção Perturbadora da Ordem e Tranquilidade Públicas. Desobediência a Ordem Legitima; P-98/9; R64/A/98.....568
- Abuso de poder. PSP. Detenção ilegal. Mandato de detenção não assinado. Nulidade; P-97/4916; R29/A/98.....714
- Abuso de Poder. PSP. Detenção Ilegal. Pressupostos Materiais e Formais. Flagrante Delito. Invalidade dos Actos Praticados; P-95/1722; R58/A/98.....553
- Abuso de poder. PSP; P-96/1372; R69/A/98.....578
- PSP. Processo Disciplinar. Celeridade e Informalidade. Prazo Excessivo. Urgência; P-96/4900; R62/A/98.....562

SEGURANÇA SOCIAL

- Pensão de Aposentação. Funcionários das Ex-Províncias Ultramarinas. Perda de Nacionalidade Portuguesa. Inexegibilidade de Nacionalidade Portuguesa. Princípios da Justiça e da Igualdade (Violação); P-95/1379; R6/B/98.....445
- Pensão de Invalidez. Cumulação com Rendimentos de Trabalho. Rigidez do Regime de Cumulação. Reinserção Sócio-Profissional do Pensionista (Impossibilidade); P-96/5572; R2/B/98.....431
- Pensão de Velhice ou Invalidez. Pescadores. Cumulação com Rendimentos do Trabalho (Impossibilidade de). Princípio da Igualdade (Violação); P-98/247; DI.....614
- Pensão Unificada. Requisito Negativo. Atribuição de Prestações por sistema de Segurança Social Estrangeiro; P-97/4639; R44/A/98.....486
- Subsídio de Desemprego. Prazo. Alteração das Circunstâncias. Interpretação Literal; P-94/3101;R15/B/98.....463
- Subsídio de Desemprego. Suspensão e Reposição de Quantias. Fundamentação Insuficiente do Acto Administrativo. Vicio de Forma. Falta de Prova ; P-97/911; R25/A/98...469
- Subsídio de maternidade. Desconhecimento de Direito. Pedido Intempestivo. Dever de Informar; P-96/2829; R27/A/98.....475
- TAP.Pré-Reforma.Actualização de Pensões. Interpretação dos Acordos de Pré-Reforma; P-94/787; R3/A/98.....369

URBANISMO E OBRAS

- Acampamento. Remoção. Licença do Governador Civil. Parecer Prévio da Câmara Municipal. Incompetência.; R-98/1054; 50/A/98.....270
- Alteração de Alvará de Loteamento Urbano. Efeitos Putativos. Componente Ambiental. Diminuição de Visibilidade. Ressarcimento. Responsabilidade Civil da Administração; P-

96/2923; R67/A/98.....848

- Áreas Urbanas de Génese Ilegal. Reconversão por Iniciativa Municipal. Plano de Pormenor. Responsabilidade Municipal. Interesse Público. Modalidades de Pagamento. Direito ao Realojamento. Regime de Divisão da Coisa Comum; P-92/11; R13/B/98.....86
- Demolição. Inexecução Administrativa. Suspensão. Ilegalidade. Competência (Princípio da Irrenunciabilidade à); P-96/4233; R10/A/98.....57
- Desmantelamento de Portão. Competência das Freguesias. Licenciamento. Incompetência. Falta de Atribuições. Acto Nulo. Servidão de Passagem; P97/2144 ; R23/A/98703
- Edificação Urbana. Deficientes Condições de Salubridade e Segurança. Necessidade de Obras. Recusa do Titular do Domicílio. Intimação Municipal; P-96/2759; R39/A/98.245
- Estabelecimento de Bebidas e Salão de Jogos de Diversão. Licenciamento. Licença Sanitária. Licença Policial. Contra-Ordenação. Erro Material. Rectificação; P-96/2081; R15/A/98 171
- Estabelecimento Hoteleiro. Obra Particular. Licenciamento. Regra da Compatibilidade ou da Não Contrariedade; P-95/6; R68/A/98 306
- Exploração Avícola. Caducidade da Licença. Ordenamento do Território Municipal. Reserva Ecológica Nacional; P-97/3538; R49/A/98 261
- Licença de Construção. Desconformidade. Execução de Obras. Não Acatamento de Recomendação. Demolição. Câmara Municipal. Irrenunciabilidade de Competência; P-95/374; R16/A/98.....184
- Licenciamento. Obra Particular. Parecer Obrigatório da Junta de Freguesia. Câmara Municipal; R-96/2260; R13/A/98.....83
- Loteamento Urbano. Alvará. Alteração de Pormenor. Interpretação da Lei. Princípio à *maiori ad minus*. Princípio da Razoabilidade; P-97/431; R12/A/98.....68
- Obra Ilegal. Procedimento Contra-Ordenacional. Legalização; P-97/3437; R42/A/98 805
- Obra Particular. Alvará de Loteamento. Alteração. Parecer Obrigatório. Nulidade. Demolição; P-89/742; R33/A/98; 215
- Obra Particular. Janelas. Distâncias. Reserva da Intimidade da Vida Privada. Conflito de Deveres. Ordem de Demolição; P-96/1757; R53/A/98 281
- Obra Particular. Licença de Construção. Procedimento Contra-Ordenacional. Poder Vinculado da Câmara Municipal. Legalização; P-97/3003; R6/A/98 652
- Obra Particular. Licença. Interesse Publico. Jus Aedificandi. Autonomia Privada; P-97/1494; R26/A/98.....211
- Obra Particular. Licenciamento Camarário. Segurança Inadequada. Acidente. Morte. Responsabilidade Civil Extracontratual. Dever de Indemnizar; R-96/16; R34/A/98 222
- Obra Particular. Licenciamento. Âmbito Material. Permanência. Amovibilidade; P-97/1727; R7/B/98.....53
- Obra Particular. Licenciamento. Área de Jurisdição Portuária; P-98/2803; R79/A/98 887
- Obra Particular. Licenciamento. Indeferimento. Taxatividade das causas de indeferimento. Expropriação. Plano de Pormenor. Informação Prévia. Acto Ilegal; P89/2720; R14/A/98 162
- Obra Particular. Licenciamento. Obrigatoriedade. Alteração da Topografia Local. Procedimento Contra-Ordencional. Legalização; P-96/3583); R43/A/98.....814

- Obra Particular. Pedido de Licenciamento e de Legalização. Plano Urbanístico. Plano de Pormenor. Falta de Publicação. Ineficácia; P-96/1371; R17/A/98.....188
- Obra Particular. Requerimento para Licenciamento. Suspensão. Condição. Principio da Legalidade; P-97/3242; R76/A/98.....332
- Obra Particular. Restaurante. Ampliação. Inexistência de Licenciamento. Interesse Urbanístico de Estética. Legitimidade. Câmara Municipal. Dever de Decisão. Irrenunciabilidade da Competência; P-96/3343; R36/A/98.....233
- Obra Pública. Trânsito. Condicionamentos. Direitos dos Administrados. Direito à Informação. Dever de Boa Administração; P-97/2995; R11/A/98.....64
- Obras. Pedido de Legalização. Anulabilidade. Convalidação. Violação do PDM. Demolição; P-96/217; R18/A/98.....197
- Obras. Via Pública. Sinalização Deficiente. Acidente de Viação. Danos. Responsabilidade Civil Extracontratual. Câmara Municipal. Dever de Indemnizar; P-96/5733; R32/A/98 746
- Restaurante. Emissão de Fumos. Falta de Lienciamento. Procedimento Contra-Ordenacional. Poder Vinculado da Câmara Municipal. Legalização de obras; P-97/486; R7/A/98 657

ÍNDICE CRONOLÓGICO

- P89/0742 (R98/033A).....215
- P89/2720 (R98/014A).....162
- P91/1480 (R98/002A).....364
- P91/2593 (R98/038A).....237
- P92/0011 (R98/013B).....86
- P92/2699 (R98/019A).....203
- P92/3265 (R98/048A).....402
- P93/1164 (R98/070A).....409
- P94/0152 (R98/046A).....381
- P94/0464 (R98/035A).....526
- P94/0787 (R98/003A).....369
- P94/0860; P96/5694; P98/1673 (R98/075A; R98/011B).....492
- P94/2530 (R98/081A).....417
- P94/3101 (R98/015B).....463
- P95/0374 (R98/016A).....184
- P95/1379 (R98/006B).....445
- P95/1722 (R98/058A).....553
- P95/6 (R98/068A).....306
- P96/0004 (R98/047A).....392
- P96/0016 (R98/034A).....222
- P96/0217 (R98/018A).....197
- P96/0452 (R98/008B).....449
- P96/1031 (R98/024A).....708
- P96/1371 (R98/017A).....188
- P96/1372 (R98/069A).....578

- P96/1721 (R98/054A).....287
- P96/1757 (R98/053A).....281
- P96/1919; P97/3977; P97/3978 (R98/041A).....800
- P96/2081 (R98/015A).....171
- P96/2260 (R98/013A).....83
- P96/2759 (R98/039A).....245
- P96/2801 (R98/071A).....529
- P96/2829 (R98/027A).....475
- P96/2923 (R98/067A).....848
- P96/3172 (R98/057A).....296
- P96/3343 (R98/036A).....233
- P96/3583 (R98/043A).....814
- P96/3987 (R98/009A).....673
- P96/4233 (R98/010A).....57
- P96/4268 (R98/004A).....42
- P96/4404 (R98/059A).....559
- P96/4475 (R98/008A).....662
- P96/4505 (R98/045A).....251
- P96/4900 (R98/062A).....562
- P96/5572 (R98/002B).....431
- P96/5694; P98/1673; P94/860, R98/075A (R98/011B).....492
- P96/5733 (R98/032A).....746
- P97/0056 (R98/020A).....209
- P97/0300 (R98/051A).....820
- P97/0431 (R98/012A).....68
- P97/0486 (R98/007A).....657
- P97/0911 (R98/025A).....469
- P97/0970 (R98/040A).....481
- P97/1494 (R98/026A).....211
- P97/1727 (R98/007B).....53
- P97/1851 (R98/001B).....427
- P97/2144 (R98/023A).....703
- P97/2200 (R98/005B).....516
- P97/2537 (R98/005A).....645
- P97/2995 (R98/011A).....64
- P97/3003 (R98/006A).....652
- P97/3093; P97/3109; P97/3439; P97/3445; P98/245 (R98/030A).....720
- P97/3109; P97/3439; P97/3445; P98/245; P97/3093 (R98/030A).....720
- P97/3242 (R98/076A).....332
- P97/3436 (R98/022A -R98/021A).....680, 692
- P97/3437 (R98/042A).....805
- P97/3439; P97/3445; P98/245; P97/3093; P97/3109 (R98/030A).....720
- P97/3445; P98/245; P97/3093; P97/3109; P97/3439 (R98/030A).....720
- P97/3538 (R98/049A).....261

- P97/3793 (R98/028A).....478
- P97/3872; P97/3872 (R98/052A).....274
- P97/3976 (R98/066A).....841
- P97/3977; P97/3978; P96/1919 (R98/041A).....800
- P97/3978; P96/1919; P97/3977 (R98/041A).....800
- P97/4635 (R98/031A).....729
- P97/4639 (R98/044A).....486
- P97/4859 (R98/074A).....542
- P97/4897 (R98/065A).....300
- P97/4910 (R98/003B).....434
- P97/4916 (R98/029A).....714
- P98/0009 (R98/064A).....568
- P98/0015 (R98/063A).....564
- P98/0016 (R98/009B).....518
- P98/1054 (R98/050A).....270
- P98/1255 (R98/010B).....452
- P98/1413 (R98/056A).....831
- P98/1609 (R98/001A).....509
- P98/1673; P94/860; P96/5694, (R98/075A - R98/011B).....492
- P98/1681 (R98/073A).....329
- P98/1737 (R98/061A - R98/060A).....597
- P98/2105 (R98/004B).....378
- P98/2184 (R98/055A).....826
- P98/2188 (R98/037A).....752
- P98/2292 (R98/014B).....459
- P98/245; P97/3093; P97/3109; P97/2429; P97/3445 (R98/030A).....720
- P98/2616 (R98/080A).....335
- P98/2958 (R98/072A).....316
- P98/4052 (R98/012B).....591

ÍNDICE DE RECOMENDAÇÕES

- R98/001A-P98/1609.....509
- R98/001B-P97/1851.....427
- R98/002A-P91/1480.....364
- R98/002B-P96/5572.....431
- R98/003A-P94/787.....369
- R98/003B-P97/4910.....434
- R98/004A-P96/4268.....42
- R98/004B-P98/2105.....378
- R98/005A-P97/2537.....645
- R98/005B-P97/2200.....516
- R98/006A-P97/3003.....652
- R98/006B-5/1379.....445
- R98/007A-P97/486.....657
- R98/007B-P97/1727.....53
- R98/008A-P96/4475.....662
- R98/008B-P96/452.....449

- R98/009A-P96/3987 673
- R98/009B-P98/16 518
- R98/010A-P96/4233 57
- R98/010B-P98/1255 452
- R98/011A-P97/2995 64
- R98/011B-P94/860; P96/5694; P98/1673 492
- R98/012A-P97/431 68
- R98/012B-P98/4052 591
- R98/013A-P96/2260 83
- R98/013B-P92/11 86
- R98/014A-P89/2720 162
- R98/014B-P98/2292 459
- R98/015A-P96/2081 171
- R98/015B-P94/3101 463
- R98/016A-P95/374 184
- R98/017A-P96/1371 188
- R98/018A-P96/217 197
- R98/019A-P92/2699 203
- R98/020A-P97/56 209
- R98/021A-P97/3436 209
- R98/022A-P97/3436 ..... 680, 692
- R98/023A-P97/2144 703
- R98/024A-P96/1031 708
- R98/025A-P97/911 469
- R98/026A-P97/1494 211
- R98/027A-P96/2829 475
- R98/028A-P97/3793 478
- R98/029A-P97/4916 714
- R98/030A-P98/245; P97/3093; P97/3109; P97/2429; P97/3445 720
- R98/031A-P97/4635 729
- R98/032A-P96/5733 746
- R98/033A-P89/0742 215
- R98/034A-P96/16 222
- R98/035A-P94/0464 526
- R98/036A-P96/3343 233
- R98/037A-P98/2188 752
- R98/038A-P91/2593 237
- R98/039A-P96/2759 245
- R98/040A-P97/970 481
- R98/041A-P96/1919; P97/3977; P97/3978 800
- R98/042A-P97/3437 805
- R98/043A-P96/3583 814
- R98/044A-P97/4639 486
- R98/045A-P96/4505 251
- R98/046A-P94/152 381
- R98/047A-P96/4 392
- R98/048A-P92/3265 402
- R98/049A-P97/3538 261
- R98/050A-P98/1054 270
- R98/051A-7/300 820
- R98/052A-P97/3872; P97/3872 274
- R98/053A-P96/1757 281
- R98/054A-P96/1721 287
- R98/055A -P98/2184 826
- R98/056A -P98/1413 831
- R98/057A-P96/3172 296
- R98/058A-P95/1722 553

- R98/059A-96/4404.....559
- R98/060A-P98/1737.....597
- R98/061A-P98/1737.....597
- R98/062A-P96/4900.....562
- R98/063A-P98/15.....564
- R98/064A-P98/9.....568
- R98/065A-P97/4897.....300
- R98/066A-P97/3976.....841
- R98/067A-P96/2923.....848
- R98/068A-P95/6.....306
- R98/069A-P96/1372.....578
- R98/070A-P93/1164.....409
- R98/071A-P96/2801.....529
- R98/072A-P98/2958.....316
- R98/073A-P98/1681.....329
- R98/074A-P97/4859.....542
- R98/075A-P94/860; P96/5694; P98/1673.....492
- R98/076A-P97/3242.....332
- R98/077A-P2678/96.....854
- R98/078A-P2314/98.....868
- R98/079A-P2803/98.....874
- R98/080A-P98/2616.....335
- R98/081A-P94/2530.....417

ÍNDICE DE ENTIDADES VISADAS

- Administração Educativa (Secretario de Estado); R14/B/98.....459
- Agricultura, Desenvolvimento Rural e Pescas (Ministro); R35/A/98.....526
- Agricultura, Pescas e Ambiente (Secretário Regional); R78/A/98.....871
- Ambiente (Director Regional); R55/A/98.....826
- Ambiente (Ministro); R20/A/98 209
- Assembleia da República (Presidente); R13/B/98 86
- Assembleia da República (Presidente); R9/B/98.....518
- Assembleia da República (Presidente); R4/B/98.....378
- Associação dos Arquitectos Portugueses (Presidente); R45/A/98.....251
- Câmara Municipal da Horta (Presidente); R6/A/98.....652
- Câmara Municipal da Horta (Presidente); R22/A/98.....692
- Câmara Municipal da Horta (Presidente); R31/A/98 729
- Câmara Municipal da Horta (Presidente); R67/A/98.....848
- Câmara Municipal da Maia (Presidente); R36/A/98.....233
- Câmara Municipal da Moita (Presidente); R53/A/98 281
- Câmara Municipal de Almada (Presidente); R59/A/98 559
- Câmara Municipal de Angra do Heroísmo (Presidente); R5/A/98.....645
- Câmara Municipal de Angra do Heroísmo (Presidente); R32/A/98.....746
- Câmara Municipal de Caldas da Rainha (Presidente); R80/A/98 335
- Câmara Municipal de Castelo Branco (Presidente); R15/A/98.....171
- Câmara Municipal de Castro Marim (Presidente); R12/A/98.....68
- Câmara Municipal de Gondomar (Presidente); R33/A/98.....215
- Câmara Municipal de Ílhavo (Presidente); R17/A/98.....188
- Câmara Municipal de Lagoa (Presidente); R79/A/98.....877

- Câmara Municipal de Lagos (Presidente); R50/A/98. 270
- Câmara Municipal de Lisboa (Director Municipal de Infra-estruturas e Saneamento); R11/A/98 64
- Câmara Municipal de Lisboa (Presidente); R34/A/98 222
- Câmara Municipal de Lisboa (Presidente) ;R68/A/98 306
- Câmara Municipal de Marco de Canaveses (Presidente); R7/B/98 53
- Câmara Municipal de Mirandela (Presidente); R13/A/98 83
- Câmara Municipal de Oliveira de Azeméis (Presidente); R65/A/98 300
- Câmara Municipal de Palmela (Presidente); R39/A/98 245
- Câmara Municipal de Ponta Delgado (Presidente); R43/A/98 814
- Câmara Municipal de Ponte de Lima (Presidente); R57/A/98 296
- Câmara Municipal de São Pedro do Sul (Presidente); R49/A/98 261
- Câmara Municipal de São Roque do Pico (Presidente); R7/A/98 657
- Câmara Municipal de São Roque do Pico (Presidente); R42/A/98 805
- Câmara Municipal de Sousel (Presidente); R76/A/98 332
- Câmara Municipal de Torres Novas (Presidente); R19/A/98 203
- Câmara Municipal de Viana do Castelo (Presidente); R14/A/98 162
- Câmara Municipal de Viana do Castelo (Presidente); R18/A/98 197
- Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia (Presidente); R10/A/98 57
- Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia (Presidente); R16/A/98 184
- Câmara Municipal de Vila Nova de Gaia (Presidente); R26/A/98 211
- Centro Nacional de Pensões (Presidente do Conselho Directivo); R44/A/98 ... 486
- Cultura (Ministro); R12/B/98 591
- Cultura (Secretário de Estado); R4/A/98 42
- Cultura (Secretário de Estado); R72/A/98 316
- Direcção Regional da Habitação (Director); R30/A/98 720
- Economia (Director da Delegação Regional do Norte do Ministério); R38/A/98 237
- Economia (Director da Delegação Regional-Norte do Ministério); R73/A/98.. 329
- Educação (Director–Regional); R9/A/98 673
- Educação (Ministro); R28/A/98 478
- Educação (Ministro); R81/A/98 417
- Educação (Ministro); R10/B/98 452
- Educação (Ministro); R5/B/98 516
- Educação (Secretário–Geral do Ministério); R1/A/98 509
- Educação e Assuntos Sociais (Secretário Regional); R56/A/98 831
- Finanças (Ministro–ADSE); R3/B/98 434
- Finanças (Ministro); R46/A/98 381
- Finanças (Ministro); R47/A/98 392
- Junta de Freguesia de Pedroso (Presidente da Assembleia); R60/A/98 597
- Junta de Freguesia de Pedroso (Presidente);R61/A/98 597
- GNR (Comandante Geral); R64/A/98 568
- Governo Civil do Distrito de Beja (Governador Civil); R52/A/98 274
- Governo Regional dos Açores (Presidente); R8/A/98 662

- Governo Regional dos Açores (Presidente); R21/A/98.....680
- Governo Regional dos Açores (Presidente); R41/A/98.....800
- Governo Regional dos Açores (Presidente); R77/A/98.....857
- Habitação e Equipamentos (Secretário Regional); R66/A/98 841
- Hospital de Santo Espírito de Angra do Heroísmo (Presidente); R24/A/98.....708
- Direcção Geral dos Impostos (Director -Geral); R2/A/98 364
- Direcção Geral dos Impostos (Director -Geral); R48/A/98.....402
- Direcção Geral dos Impostos (Director -Geral); R70/A/98.....409
- Junta Autónoma do Porto de Angra do Heroísmo (Director); R37/A/98.....752
- Junta de Freguesia dos Mosteiros (Presidente); R23/A/98 703
- Justiça (Ministro); R74/A/98 542
- Juventude (Secretário de Estado); R71/A/98.....529
- Orçamento (Secretário de Estado); R6/B/98 445
- Polícia Judiciária (Director-Geral); R69/A/98 578
- PSP (Comandante-Geral); R58/A/98.....553
- PSP (Comandante-Geral); R62/A/98.....562
- PSP (Comandante-Geral); R63/A/98.....564
- PSP (Comandante Regional da Horta); R29/A/98.....714
- PSP(Comandante-Geral); R54/A/98.....287
- Saúde (Director-Geral); R40/A/98.....481
- Saúde (Director-Regional); R51/A/98.....820
- Saúde (Ministro); R75/A/98 – R11/B/98.....492
- Segurança Social (Directora do Serviço Sub-Regional de Sintra do Centro Regional); R27/A/98 475
- Segurança Social (Presidente do Conselho Directivo); R25/A/98 469
- Segurança Social e Relações Laborais (Secretário de Estado); R15/B/98.....463
- Segurança Social e Relações Laborais (Secretário de Estado); R2/B/98.....431
- Segurança Social e Relações Laborais (Secretário de Estado); R1/B/98.....427
- TAP (Presidente do Conselho de Administração); R3/A/98 369
- Universidade de Coimbra (Reitor); R8/B/98 449